Zur Rechtfertigung lebensnotwendiger Operationen bei verweigerter Einwilligung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von
Martin Zilkens
aus Köln
1985

Zur Rechtfertigung lebensnotwendiger Operationen bei verweigerter Einwilligung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von
Martin Zilkens
aus Köln

Referent: Professor Dr. Günter Kohlmann

Korreferent: Professor Dr. Ulrich Klug

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Juli 1985

INHALTSÜBERSICHT

Einleitung

§ 1 Problemstellung Seite 1

I. Verdeutlichung der Problematik anhand von Fallbeispielen Seite 2

II. Erläuterung der Situation ärztlicher Eigenmacht bei verweigerter Einwilligung Seite 11

III. Definition des Bereiches der Lebensgefahr Seite 12

§ 2 Nähere Begrenzung der Thematik Seite 13

I. Beschränkung auf chirurgische Operationen von am Maßstab des § 224 StGB erheblichem Ausmaß Seite 13

II. Ausklammerung der Zwangsernährung Strafgefangener Seite 17

III. Nichtbehandlung der Schuldfrage Seite 19

IV. Einbeziehung von zivilrechtlichen Äußerungen und Stellungnahmen aus dem Bereich der Medizin Seite 21

§ 3 Verlauf der Untersuchung Seite 23

Erster Teil: Die eigenmächtige Operation als straftatbestandsmäßige Körperverletzung selbst bei Lebensgefahr Seite 25

§ 1 Standpunkt der Rechtsprechung Seite 25

I. Strafgerichte Seite 25

II. Zivilgerichte Seite 27

III. Fehlen von Entscheidungen ärztlicher Berufsgerichte Seite 28

§ 2 Stellungnahme des Schrifttums Seite 30

I. Strafrechtslehre Seite 30

1. Ablehnung der Judikatur Seite 30

2. Befürwortung der Judikatur Seite 36

3. Vermittelnde Ansichten Seite 37

II. Zivilrechtslehre Seite 38

1. Ablehnung der Judikatur Seite 38

2. Befürwortung der Judikatur Seite 39

III. Medizinisches Schrifttum Seite 39

IV. Reformvorschläge zur Einführung eines Straftatbestandes "Eigenmächtige Heilbehandlung" Seite 40

1. Vorbilder in anderen europäischen Strafgesetzbüchern Seite 41

2. Die neueren Entwürfe eines Strafgesetzbuches Seite 42

§ 3 **Stellungnahme und Eigene Lösung:** Der schwerwiegende ärztliche Eingriff als straftatbestandsmäßige Körperverletzung selbst bei Lebengefahr Seite 45

I. Kritik an der herrschenden Lehre Seite 45

1. Unzureichende Berücksichtigung des durch §§ 223 ff StGB geschützten Rechtsgutes Seite 45

2. Kriminalpolitische Bedenken Seite 47

a) Untragbarkeit drohender Strafbarkeitslücken Seite 47

b) Keine Aussicht auf gesetzgeberische Neuregelungen Seite 48

II. Straftatbestandsmäßigkeit gravierender lebensnotwendiger Operationen nach §§ 223 ff StGB Seite 49

1. Vereinbarkeit der hier vertretenen Lösung mit dem Wortlaut des § 223 StGB Seite 49

a) Der Wortlaut des Gesetzes als Auslegungsschranke Seite 49

b) Die gravierende Operation als körperliche Mißhandlung bzw. Gesundheitsbeschädigung Seite 50

2. Beeinträchtigung des in §§ 223 ff StGB geschützten Rechtsgutes durch gravierende Operationen Seite 53

a) Geschütztes Rechtsgut der Körperverletzungstatbestände Seite 53

b) Die gravierende Operation als Beeinträchtigung dieses Rechtsgutes Seite 54

3. Bedeutung vorhandener Lebengefahr für die Erfüllung des Straftatbestandes Seite 55

III. Konsequenz: Anwendbarkeit auch der qualifizierenden Tatbestände der §§ 223 a ff StGB Seite 55

Zweiter Teil: Zur Einwilligung des Patienten als grundsätzlichem Rechtfertigungserfordernis bei Operationen Seite 59

§ 1 Grundlagen und dogmatische Einordnung der Einwilligung Seite 59

I. Verfassungsrechtliche Verankerung der freien Willensbestimmung des Patienten Seite 59

1. Anerkennung seines Selbstbestimmungsrechts durch Rechtsprechung und Lehre Seite 60

2. Mögliche Kollision mit dem überindividuellen Grundwert des Lebens Seite 61

II. Strafrechtliche Bedeutung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund für die ärztliche Operation Seite 64

1. Grundsätzliche Rechtswidrigkeit eines eigenmächtigen operativen Eingriffs Seite 65

2. Begrenzung der Rechtfertigungswirkung durch die §§ 216, 226 a StGB Seite 66

§ 2 Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit der Einwilligung Seite 67

I. Die Erklärung der Einwilligung Seite 67

II. Die Fähigkeit zur Einwilligung Seite 68

III. Die Freiheit von wesentlichen Willensmängeln Seite 70

IV. Kein Verstoß gegen die guten Sitten Seite 71

Dritter Teil: Zum Unrechtsausschluß bei Operationen durch andere Rechtfertigungsgründe als Einwilligung Seite 72

§ 1 Die außer der Einwilligung einschlägigen Rechtfertigungsgründe im Einzelnen Seite 72

I. Mutmaßliche Einwilligung Seite 72

1. Objektives Interesse Seite 74

2. Zu vermutender Wille Seite 74

II. Rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB) Seite 76

1. Notstandslage Seite 76

2. Interessenabwägungsklausel (§ 34 Satz 1 StGB) Seite 77

3. Angemessenheitsklausel (§ 34 Satz 2 StGB) Seite 79

III. Gewohnheitsrecht Seite 79

1. Wahres Wohl des Patienten Seite 80

2. Ärztliches Berufsrecht Seite 80

3. Operationen bei Suizidpatienten Seite 81

IV. Rechtfertigung aufgrund § 323 c StGB Seite 82

§ 2 Rückgriff auf andere Rechtfertigungsgründe bei bloß fehlender Einwilligung Seite 83

I. Tatsächliche Gründe für das Fehlen der Einwilligung Seite 83

1. Bewußtlosigkeit vor Operationsbeginn Seite 84

2. Operationserweiterungen Seite 85

3. Unterbliebene Einholung der Einwilligung Seite 86

II. Fehlen einer rechtswirksamen Einwilligungserklärung Seite 87

§ 3 Rechtliche Anforderungen an die Beachtlichkeit einer Einwilligungsverweigerung Seite 89

I. Die Erklärung der Verweigerung Seite 90

1. Erfordernis der Ausdrücklichkeit Seite 91

2. Wirksamkeit vorweggenommener Verweigerungserklärungen Seite 94

a) Keine notwendige Identität mit dem aktuellen (heutigen) Willen Seite 96

b) Bedeutung als Indiz für den aktuellen Willen Seite 99

c) Beachtlichkeit bei Fehlen durchschlagender Gegenindizien Seite 100

II. Die Fähigkeit zur Verweigerung Seite 102

1. Der minderjährige Patient Seite 103

2. Der volljährige Patient Seite 103

III. Die Freiheit von wesentlichen Willensmängeln Seite 106

1. Mögliche Willensmängel wegen unzureichender Aufklärung bei Lebensgefahr Seite 106

a) Keine ausführliche Risikoaufklärung Seite 106

b) Notwendige Information über den zu erwartenden postoperativen Zustand Seite 108

2. Mögliche Willensmängel durch ärztliche Beeinflussung Seite 109

3. Erfordernis der Ernstlichkeit Seite 110

IV. Kein Verstoß des unterlassenen Eingriffs gegen die guten Sitten Seite 111

V. Zusammenfassung Seite 114

§ 4 Ausscheiden anderer Rechtfertigungstatbestände bei wirksamer Einwilligungsverweigerung Seite 115

I. Keine Berufung auf mutmaßliche Einwilligung Seite 115

1. Die Haltung der **Judikatur** Seite 116

2. Die Meinungen im **Schrifttum** Seite 116

a) **Erste Auffassung:** Mögliche Rechtfertigung aufgrund mutmaßlicher Einwilligung Seite 116

b) **Zweite Auffassung:** Keine Rechtfertigung Seite 117

3. **Stellungnahme** Seite 117

4. **Eigene Auffassung:** Bei verweigerter Einwilligung keine Rechtfertigung aufgrund mutmaßlicher Einwilligung Seite 119

a) **Formale Betrachtung:** Keine Anwendbarkeit der mutmaßlichen Einwilligung Seite 119

b) **Inhaltliche Betrachtung:** Nichtvorliegen der Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung Seite 120

5. Zusammenfassung Seite 122

II. Keine Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs gemäß § 34 StGB Seite 122

1. Die Position der **Rechtsprechung** Seite 123

2. Die Auffassung der **Lehre** Seite 123

a) Befürworter einer Anwendung des § 34 StGB Seite 123

b) Gegner einer solchen Lösung Seite 125

3. **Stellungnahme** Seite 126

4. **Eigene Meinung:** Keine Rechtfertigung aufgrund § 34 StGB bei verweigerter Einwilligung Seite 128

a) **Formale Betrachtung:** Keine Anwendbarkeit des § 34 StGB bei verweigerter Einwilligung Seite 128

aa) Die Problematik Seite 129

bb) Das Verhältnis von § 34 StGB zur rechtfertigenden Einwilligung Seite 129

(1) **Erste Meinung:** Gleichrangigkeit Seite 130

(2) **Zweite Meinung:** Subsidiarität des § 34 StGB Seite 130

(3) **Dritte Meinung:** Spezialität der Einwilligung Seite 131

(4) **Stellungnahme** Seite 131

(5) **Eigene Auffassung:** Vorrangige Spezialität der Einwilligung bei verfügbaren Rechtsgütern Seite 133

cc) **Schlußfolgerung:** Bei verweigerter Einwilligung Rechtfertigungssperre für eine anderweitige Rechtfertigung aus § 34 StGB Seite 135

dd) Resultat: Keine Anwendbarkeit des § 34 StGB Seite 136

b) **Inhaltliche Betrachtung:** Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 34 StGB bei versagter Einwilligung Seite 136

aa) Bestehen einer Kollisionslage Seite 137

bb) Interessenabwägung nach § 34 Satz 1 StGB Seite 137

(1) **Allgemeines** Rangverhältnis der betroffenen Güter Seite 137

(2) **Besonderes** Rangverhältnis der betroffenen Interessen in der Situation einer Operationsverweigerung Seite 139

(3) Kein **wesentliches** Überwiegen des geschützten Interesses Seite 145

cc) Zur Frage der Angemessenheit gemäß § 34 Satz 2 StGB Seite 146

dd) Zwischenresultat: Fehlen der sachlichen Voraussetzungen des § 34 StGB Seite 147

c) Ergebnis zu § 34 StGB: Keine Rechtfertigung Seite 147

III. **Gesamtergebnis:** Fehlen einer Erlaubnisnorm überhaupt Seite 148

§ 5 Die Rechtsfolgen der Einwilligungsverweigerung entscheidungsfähiger minderjähriger Patienten Seite 149

I. Zielkonflikt zwischen Personensorge und Selbstbestimmung bei Einwilligungsverweigerung zu lebensnotwendigen Operationen Seite 149

1. Die Position der **Judikatur** Seite 151

2. Die Auffassung der **Lehre** Seite 151

a) **Erste Meinung:** Vorrang des Personensorgerechts Seite 151

b) **Zweite Meinung:** Vorrang des Selbstbestimmungsrechts Seite 152

3. **Stellungnahme und eigene Auffassung:** Absoluter Vorrang des Selbstbestimmungsrechts Seite 152

II. Auswirkungen des Vorrangs der Selbstbestimmung auf die verschiedenen möglichen Fallkonstellationen Seite 156

1. Beachtlichkeit der Verweigerung bei übereinstimmender Entscheidung von Minderjährigem und Personensorgerechtsinhaber Seite 156

2. Beachtlichkeit der Verweigerung des Minderjährigen trotz Zustimmung des Personensorgerechtsinhabers Seite 157

3. Unbeachtlichkeit der Verweigerung des Personensorgerechtsinhabers trotz Zustimmung des Minderjährigen Seite 157

Vierter Teil: Zur rechtlichen Beurteilung der Verweigerung einer lebensnotwendigen Operation durch den Suizidpatienten Seite 159

§ 1 Die Rechtsprechung zur Einwilligungsverweigerung von Todkranken einerseits und Suizidpatienten andererseits Seite 159

I. Rechtsfolge einer verweigerten Einwilligung Todkranker: Strafrechtliches Verbot der Operation Seite 159

II. Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willens bei Suizidpatienten: Strafrechtliches Gebot operativen Eingreifens Seite 160

1. Zum Begriff des Suizidpatienten Seite 160

2. Die herrschende Judikatur zur ärztlichen Eigenmacht gegenüber Suizidpatienten Seite 161

a) Der ärztliche Garant Seite 161

b) Der ärztliche Nicht-Garant Seite 162

III. Kritik aus dem Schrifttum: Diese Rechtsprechung enthält einen Widerspruch Seite 163

§ 2 Ansätze in der Rechtslehre zur Erklärung dieser gegensätzlichen Rechtsprechung Seite 165

I. Grundsätzliche Andersartigkeit der sittlichen Bewertung beider Fälle Seite 166

II. Unterschiede in der Willensrichtung bei beiden Patientengruppen Seite 167

III. Verschiedenheit der Verursachung des lebensbedrohlichen Zustandes Seite 168

IV. Abweichungen in der Intensität der erforderlichen ärztlichen Maßnahme Seite 169

V. Sonstige Kriterien Seite 170

VI. Zwischenergebnis Seite 170

§ 3 Versuch einer Konzeption zur Lösung der aufgezeigten Kontroverse bei Vermeidung eines Widerspruchs Seite 171

I. Zur Bewertung des Suizids in der Rechtsordnung Seite 171

II. Die Position der herrschenden Lehre zur strafrechtlichen Pflicht des Arztes, einen Suizid zu verhindern — Seite 175

III. **Stellungnahme und eigene Auffassung** — Seite 179

1. Analyse möglicher Selbstmordmotivationen: Gebot zur Differenzierung — Seite 179

2. Maßstab der Freiverantwortlichkeit: Orientierung an den Grundsätzen der Einwilligungslehre — Seite 180

3. Zur praktischen Erkennbarkeit eines freiverantwortlichen Suizids — Seite 182

4. Zusammenfassung — Seite 184

IV. Zum Verhältnis von Eingriffsermächtigung und Rettungspflicht — Seite 185

V. Konsequenzen aus der eigenen Konzeption für das widerspruchsfreie Verständnis der Problematik — Seite 187

VI. Ärztliches Eingriffsrecht bei freiverantwortlichem Suizid — Seite 188

1. Keine Eingriffsbefugnis aufgrund mutmaßlicher Einwilligung — Seite 189

2. Zur Eingriffsbefugnis aufgrund rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) — Seite 189

a) Keine Unanwendbarkeit des § 34 StGB — Seite 189

b) Vorliegen der materiellen Voraussetzungen des § 34 StGB — Seite 190

aa) Notstandslage — Seite 190

bb) Interessenabwägung (§ 34 Satz 1 StGB) Seite 191

(1) **Allgemeines** Rangverhältnis der betroffenen Güter Seite 191

(2) **Besonderes** Rangverhältnis der betroffenen Interessen bei einer suizidalen Operationsverweigerung Seite 194

(3) **Wesentliches Überwiegen** des geschützten gegenüber dem beeinträchtigten Interesse Seite 195

cc) Angemessenheit (§ 34 Satz 2 StGB) Seite 196

c) **Ergebnis:** Bestehen eines Eingriffsrechtes aufgrund § 34 StGB Seite 197

3. Vereinbarkeit des erzielten Resultates mit den Ergebnissen des Dritten Teils Seite 197

4. **Folgerung:** Keine Notwendigkeit zur Differenzierung zwischen freier und unfreier Selbsttötung im Rahmen des § 34 StGB Seite 200

§ 4 Ausblick Seite 202

LITERATURVERZEICHNIS

Amelung, Knut — Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes
Berlin 1981

Die Einwilligung des Unfreien
in: ZStW 95 (1983), S. 1 ff

Arbab - Zadeh/ Prokop/ Reimann — Rechtsmedizin
Stuttgart - New York 1977

Arndt, Hans-Wolfgang/ v. Olshausen, Henning — Grenzen staatlicher Zwangsbefugnisse gegenüber Untersuchungshäftlingen
in: JuS 1975, 143 ff

Arzt, Gunther/ — Willensmängel bei der Einwilligung
Frankfurt am Main 1970

Arzt, Gunther/ Weber, Ulrich — Strafrecht Besonderer Teil
LH 1: Delikte gegen die Person
2. Auflage
Bilefeld 1981

Auer, Alfons/ Menzel, Hartmut/ Eser, Albin — Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe
Köln Berlin Bonn München 1977

Barnikel, Wilhelm — Bluttransfusion und Einwilligung des Patienten
in: Dtsch. Med. Wschr. 1979, S. 330 f

Probleme des Selbstbestimmungsrechts des Patienten im Zivil- und Strafrecht
in: Med. Welt 1973, S. 838 ff

Über die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten
in: Med. Welt 30 (1979), S. 1941 f

Baumann, Jürgen — Fehlende Rechtsgrundlage bei ärztlicher Zwangsbehandlung Untergebrachter
in: NJW 1980, 1873 f

Baumann, Jürgen — Körperverletzung oder Freiheitsdelikt? in: NJW 1958, 2092 ff

Strafrecht Allgemeiner Teil
8. Auflage
Bielefeld 1977

Zwangsweise Lebenserhaltung im Strafvollzug
in: ZRP 1978, S. 35 f

Baumann, Jürgen/ Arzt, Gunther/ Weber, Ulrich — Strafrechtsfälle und Lösungen
5. Auflage
Bielefeld 1981

Baur, Ulrich — Die ärztliche Aufklärung und die Einwilligung des Patienten
in: Arzt und Krankenhaus 1981, S. 309 ff

Die Einwilligungserklärung des Patienten in die ärztliche Behandlung
in: Arzt und Krankenhaus 1977, S. 34 ff

Beling, Ernst — Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe
in: ZStW 44 (1924), S. 220 ff

Bichlmeier, Gerd — Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff
in: JZ 1980, 53 ff

Blaha, Herbert/ Gutjahr-Löser, Peter/ Niebler, Engelbert (hg.) — Schutz des Lebens - Recht auf Tod
München-Wien 1978

Blei, Hermann — Strafrecht
I. Allgemeiner Teil, 18. Auflage
München 1983
II. Besonderer Teil, 12. Auflage
München 1983

Blindauer, Arnold — Die folgenschwere Unterlassene Hilfeleistung (§ 330 c StGB). Dissertation Saarbrücken 1961

Bockelmann, Paul — Der ärztliche Heileingriff in Beiträgen zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft im ersten Jahrhundert ihres Bestehens
in: ZStW 93 (1981), S. 105 ff

Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht
in: Langenbecks Archiv für Chirurgie, Band 298 (1961), S. 852 ff
in: NJW 1961, 945 ff

Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten
in: JZ 1962, 525 ff

Strafrecht Besonderer Teil/2
München 1977

Strafrecht des Arztes
Stuttgart 1968
Ferner abgedruckt
in: Ponsold, Albert (hg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage, Stuttgart 1967, S. 1 ff

Verlängertes Leben - verkürztes Sterben
in: Wiener Med. Wschr. 1976, S. 145 ff

Bodenburg, Reinhard — Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative
in: NJW 1981, S. 601 ff

Boehmer, Gustav — Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger- Bemerkungen zu BGH, Urt. v. 5.12. 1958
in: MDR 1959, 705 ff

Böhm, Alexander — Nochmals: Grenzen staatlicher Zwangsbefugnisse gegenüber Untersuchungshäftlingen
in: JuS 1975, S. 287 ff

Bösche, Jürgen — Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.2.1959
in: Ärztliche Mitteilungen 1959, S. 458 ff

Bosch, F.W.	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 5.12.1958 in: FamRZ 1959, 202 f
Brändel, Oliver C.	Über das Recht, den Zeitpunkt des eigenen Todes selbst zu bestimmen in: ZRP 1985, 85 ff
Bresser, P.H.	Empirische Maßstäbe bei der Beurteilung der Willensbestimmung in der Versicherungsmedizin in: Lebensversicherungsmedizin, Sondernummer 1976, 43 ff
	Selbsttötungen und ihre rechtlichen Konsequenzen in: VersR 1981, S. 297 ff
Bringewat, Peter	Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik in: ZStW 87 (1975), S. 623 ff
	Selbstmord, Suizidpatient und Arztpflichten im Strafrecht in: NJW 1973, S. 540 ff
Brügmann, Walter	Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes in: NJW 1977, 1473 ff
Brühl, A.	Ärztliche Zwangsmaßnahmen im Strafvollzug in: Fortschritte der Medizin 97 (1979), S. 1143 ff
Calliess, Rolf-Peter/ Müller-Dietz, Heinz	Strafvollzugsgesetz 3. Auflage München 1983
Carstensen, G.	Das ärztliche und juristische Ermessen als Grundlage chirurgischen Handelns in: Chirurg 51 (1980), 414 ff
v. Dellingshausen, Ulrike	Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes Düsseldorf 1981
Derra, E.	Eröffnungsansprache der 80. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie in: Langenbeck's Archiv für klinische Chirurgie 304 (1964), S. 1 ff
Deubner, Karl	Anmerkung zum BVerfG, Beschl. v. 19.10. 1971 in: NJW 72, 814

Deutsch, Erwin — Aufklärungspflicht und Operationseinwilligung
in: Chirurg 50 (1979), 193 ff

Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten
in: NJW 1980, 1305 ff

Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten
in: NJW 1979, 1905 ff

Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht
in: NJW 1965, 1985 ff

Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes
in: VersR 1981, S. 293 ff

Dreher, Eduard/ Tröndle, Herbert — Strafgesetzbuch
42. Auflage
München 1985

Drews, Bill/ Wacke, Gerhard/ Vogel, Klaus/ Martens, Wolfgang — Gefahrenabwehr
8. Auflage, Zweiter Band (Martens)
Köln Berlin Bonn München 1977

Dubitscher, F. — Probleme der Suizidbegutachtung
in: Der med. Sachverständige 75 (1979), S. 10 ff

Ebert, Udo — Strafrecht: Ärztlicher Eifer
in: JuS 1976, 319 ff

Ehmann, Horst — Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1979
in: ZFA 1980, 683 ff

Ehrhardt, Helmut/ Villinger, Werner — Forensische und administrative Psychiatrie
in: Gruhle/Jung/Mayer-Gross/Müller (hg.), Psychiatrie der Gegenwart, Band III, Berlin Göttingen Heidelberg 1961

Eichholz, Jürgen — Die Transplantation von Leichenteilen aus zivilrechtlicher Sicht
in: NJW 68, 2272 ff

Eid, Volker/ Frey, Rudolf (hg.) — Sterbehilfe oder wie weit reicht die ärztliche Behandlungspflicht?
Mainz 1978

Engisch, Karl — Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung
in: ZStW 58 (1939), 1 ff

Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation
Jena 1958
Ferner abgedruckt
in: Stich/Bauer, Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, Band II, 4. Auflage 1958, S. 1530 ff

Die rechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs unter besonderer Berücksichtigung des Suizidpatienten
in: Heidelberger Jahrbücher, Bd. IV (1960), S. 47 ff

Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht
in: Engisch, Karl / Hallermann, Wilhelm, Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, Köln 1970, S. 7 ff

Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe
in: Festschrift für Eduard Dreher, Berlin - New York 1977, Seite 309 ff

Suizid und Euthanasie nach deutschem Recht
in: Eser, Albin (hg.), Suizid und Euthanasie, Suttgart 1976, S. 312 ff

Erdsiek — Umwelt und Recht
in: NJW 1959, 807 ff

Erman, Walter — Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
1. Band, 7. Auflage,
Münster 1981

Eser, Albin — Aufklärung und Einwilligung bei Intensivtherapie
in: Anästhesiologie und Intensivmedizin 20 (1979), S. 211 ff

Der Arzt zwischen Eigenverantwortung und Recht
in: Weber, Helmut/ Mieth, Dietmar (hg.), Anspruch der Wirklichkeit und christlicher Glaube
Düsseldorf 1980, S. 166 ff

Grenzen der Behandlungspflicht aus juristischer Sicht
in: Lawin/Huth (hg.), Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht,
Stuttgart - New York 1982, S. 77 ff

Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen
in: Eser, Albin (hg.), Suizid und Euthanasie,
Stuttgart 1976, S. 392 ff

Strafrecht III
2. Auflage
München 1981

Suizid und Euthanasie
Stuttgart 1976

Zum "Recht des Sterbens" - Einige grundsätzliche Überlegungen
in: Fritsche/Goulon/Eser/Braun/Riquet
Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod?
Heidelberg Karlsruhe 1977, S. 21 ff

Esser, Josef/ Weyers, Hans-Leo — Schuldrecht
Band II, Besonderer Teil, Teilband 2
5. Auflage
Karlsruhe 1979

Frank, Reinhard — Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 18. Auflage Tübingen 1931

Franzheim, Horst — Die prozessualen Folgen des Selbstmordversuches des Angeklagen während der Unterbrechung der Hauptverhandlung in: GA 1961, S. 108 ff

Fritsche, Paul — Das Recht auf menschenwürdiges Sterben in: Fritsche/Goulon/Eser/Braun/Riquet, Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod? Heidelberg - Karlsruhe 1977, S. 1 ff

Grenzbereich zwischen Leben und Tod Stuttgart 1973

Gallas, Wilhelm — Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.3.1954 in: JZ 1954, 641 f

Strafbares Unterlassen im Falle einer Selbsttötung in: JZ 1960, 649 ff und 686 ff

Geiger, Michael — Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.10.1982 in: JZ 1983, 153 f

Geilen, Gerd — Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts in: FamRZ 1968, 121 ff

Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht Bielefeld 1963

Euthanasie und Selbstbestimmung Tübingen 1975

Probleme der Organtransplantation in: JZ 1971, 41 ff

Rechtsfragen der ärztlichen Aufklärungspflicht in: Mergen, Armand (hg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band II, München 1971, S. 11 ff

Suizid und Mitverantwortung in: JZ 1974, 145 ff

Geppert, Klaus — Freiheit und Zwang im Strafvollzug
Tübingen 1976

Gernhuber, Joachim — Lehrbuch des Familienrechts
3. Auflage
München 1980

Goebbels, H. — Kann im Falle eines Suizids ärztliche Hilfe gegen den Willen des Patienten erzwungen werden?
in: Dtsch. Med. Wschr. 1958, 891

Göppinger, Hans — Die Aufklärung und Einwilligung bei der ärztlichen, besonders der psychiatrischen Behandlung
in: Fortschritte der Neurologie, Psychiatrie und ihrer Grenzgebiete 24 (1956), S. 53 ff

Götz, Volkmar — Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht
6. Auflage
Göttingen 1980

Goll, Eberhard — Behandlungspflicht und Sterbehilfe
in: Arztrecht 15 (1980), S. 319 ff

Grahlmann, Hans Günther — Heilbehandlung und Heilversuch
Stuttgart 1977

Grebing, Gerhardt — Grenzen des rechtfertigenden Notstandes im Strafrecht
in: GA 1979, 81 ff

Grünwald, Gerald — Die Aufklärungspflicht des Arztes
in: ZStW 73 (1961), S. 5 ff

Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht
in: Göppinger, Hans (hg.), Arzt und Recht 1966, S. 125 ff

Grunau, Theodor — Strafvollzugsgesetz
Köln Berlin Bonn München 1977

Günther, Hans-Ludwig — Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß
Köln Berlin Bonn München 1983

Händel, Konrad — Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 19.10. 1971
in: NJW 72, 327 f

Hallermann, Wilhelm — Ärztliche Aufklärungspflicht aus medizinischer Sicht
in: Mergen, Armand (hg.), Die juristische Problematik in der Medizin Band II, München 1971, S. 44 ff

Hamann, Andreas/ Lenz, Helmut — Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
3. Auflage
Neuwied Berlin 1970

Hanack, Ernst-Walter — Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht
in: JZ 1972, 81

Euthanasie in strafrechtlicher Sicht
in: Hiersche, Hans-Dieter (hg.), Euthanasie, München-Zürich 1975, S. 121 ff

Hardwig, Werner — Betrachtungen zur Frage des Heileingriffes
in: GA 1965, 161 ff

Heinitz, Ernst — Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord
in: JR 1954, 403 ff

Henke, Peter — Die freie Willensbestimmung des Menschen
in: Lawin/Huth (hg.), Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, Stuttgart/New York 1982, S. 7 ff

Herzberg, Dietrich — Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten
in: ZStW 91 (1979), 557 ff

Hirsch, Hans Joachim — Einwilligung und Selbstbestimmung
in: Festschrift für Hans Welzel Berlin-New York 1974, S. 775 ff

Soziale Adäquanz und Unrechtslehre
in: ZStW 74 (1962), S 78 ff

Hollmann, Angela	Behandlung von Suizidpatienten gegen den Willen der Angehörigen in: Dtsch. Med. Wschr. 1975, S. 1812
Horn, Eckhard	Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff - strafbar ? - BGH NJW 1978, 1206 in: JuS 1979, 29 ff
	Zur Frage der Zwangssterilisation in: ZRP 1983, 265 f
Hruschka, J.	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22. 2. 1978 in: JR 1978, 519 ff
Husen, Jan-Hinnerk	Hungerstreik im Justizvollzug in: ZRP 1977, 289 ff
Jakobs, Günther	Strafrecht Allgemeiner Teil Berlin-New York 1983
Jescheck, Hans-Heinrich	Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil 3. Auflage Berlin 1978
Jung, Heike/ Schreiber, Hans Wilhelm (hg.)	Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht Stuttgart 1981
Kauczor, Herbert	Ist das Nichteingreifen bei fremdem Selbstmord gemäß § 330 c StGB strafbar? in: NJW 62, 429 f
Kaufmann, Arthur	Die eigenmächtige Heilbehandlung in: ZStW 73 (1961), 341 ff
	Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung in: Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, S. 327 ff
Kern, Bernd-Rüdiger/ Laufs, Adolf	Die ärztliche Aufklärungspflicht Berlin/ Heidelberg/ New York 1983
Kleinewefers, Herbert	Zur Aufklärung des Patienten in: VersR 1981, S. 99 ff

Kleinknecht, Theodor/ Meyer, Karlheinz
Strafprozeßordnung
37. Auflage
München 1985

Klinkenberg, Henning
Die Rechtspflicht zum Weiterleben und ihre Grenzen
in: JR 1978, 441 ff

Koffka, Else
Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt?
in: Verhandlungen des 44. DJT, Band II, Tübingen 1964
zitiert: Koffka, Gutachten

Kohlhaas, Max
Anmerkung zu OLG Hamburg
in: JR 1974, 389 f

Bringt die geplante Neuregelung des ärztlichen Heileingriffs im neuen Strafgesetzentwurf den Ärzten wirklich Vorteile?
in: Dtsche. med. Wschr. (87) 1962, S. 2593 ff

Das Recht auf den eigenen Tod
in: NJW 1973, 548 ff

Die rechtfertigende Einwilligung bei Körperverletzungstatbeständen
in: NJW 1963, 2348 ff

Elterliche Ablehnung der Operationseinwilligung trotz Notwendigkeit zur Lebenserhaltung des Kindes
in: Dtsch. Med. Wschr. 90 (1965), S. 46 ff

Lebenserhaltungspflicht des Arztes im Konflikt mit den Wünschen des Patienten
in: Dtsch. Med. Wschr. 90 (1965), S. 318 ff

Medizin und Recht
München - Berlin - Wien 1969

Operation gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten bei akuter, lebensbedrohlicher Erkrankung?
in: Dtsch. med. Wschr. 86 (1961), S. 446 f

Kohlhaas, Max
Rechtsfragen zwischen Leben und Tod
in: Festschrift für Werner Sarstedt, Berlin -New York 1981, S. 133 ff

Zehn Jahre Bundesgerichtshof-Rechtsprechung zum Arztrecht in Strafsachen
in: Dtsch. Med. Wschr. 87 (1962), S. 1157 ff

Kohlrausch/ Lange
Strafgesetzbuch
43. Auflage
Berlin 1961

Krauß, Detlev
Der "Kunstfehler" oder zur Bedeutung juristischer Kathegorien für die Bewertung ärztlichen Handelns
in: Jung/Schreiber (hg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, Stuttgart 1981, S. 141 ff

Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung
in: Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, S. 557 ff

Kreuzer, Arthur
Ärztliche Hilfeleistungspflicht aus der Sicht des Strafrechts
in: Mergen, Armand (hg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band II, München 1971, S. 217 ff

Ärztliche Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen im Rahmen des § 330 c StGB
Hamburg 1965

Krey, Volker
Der Fall Peter Lorenz - Probleme des rechtfertigenden Notstandes bei der Auslösung von Geiseln
in: ZRP 1975, 97 ff

Keine Strafe ohne Gesetz
Berlin/New York 1983

Strafrecht Besonderer Teil
Band 1,
Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte,
5. Auflage,
Stuttgart Berlin Köln Mainz 1983

Studien zum Gesetzvorbehalt im Strafrecht
Berlin 1977

Kromer, Hadwin — Die strafrechtliche Problematik der Selbsttötung. Dissertation Karlsruhe 1969

Krümpelmann, Justus — Die Bagatelldelikte Berlin 1966

Kühne, Hans-Heiner — Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts in: JZ 1979, S. 241 ff

Strafrechtliche Aspekte der Suicid-Abwendung in Strafanstalten in: NJW 75, 671 ff

Küper, Wilfried — Das "Wesentliche" am "wesentlich überwiegenden Interesse" in: GA 1983, 289 ff

Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtkollision im Strafrecht Berlin 1979

Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtkollision und übergesetzliche Entschuldigung in: JuS 1971, 474 ff

Zum Begriff des "eigenmächtigen" Ausbleibens in § 231 Abs. 2 StPO in: NJW 1974, 2218 f

Kuhlendahl, Hans — Ärztlicher Entscheidungsspielraum - Handlungszwänge in: Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979 S. 465 ff

Kutner, Luis — Die Verfügung zu Lebzeiten - Zur Bewältigung des historischen Vorgangs Tod in: Eser, Albin (hg.), Suizid und Euthanasie, Stuttgart 1976, S. 360 ff

Lackner, Karl — Strafgesetzbuch 15. Auflage München 1983

Laufs, Adolf	Arztrecht 3. Auflage München 1984
	Die Entwicklung des Arztrechts 1978/79 in: NJW 1979, 1230 ff
	Die Entwicklung des Arztrechts 1979/80 in: NJW 1980, 1315 ff
	Die Entwicklung des Arztrechts 1980/81 in: NJW 1981, 1289 ff
	Die Entwicklung des Arztrechts 1981/82 in: NJW 1982, 1219 ff
	Die Entwicklung des Arztrechts 1982/83 in: NJW 1983, 1345 ff
	Die Entwicklung des Arztrechts 1983/84 in: NJW 1984, 1383 ff
	Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge in: NJW 1974, 2025 ff
	Recht und Gewissen des Arztes in: Heidelberger Jahrbücher 24 (1980), S. 1 ff
	Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eingenmacht in: NJW 1969, 529 ff
Lawin, Peter/ Huth, Hanno (hg.)	Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht Stuttgart / New York 1982
Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch	Herausgegeben von Jescheck, Hans-Heinrich/ Ruß, Wolfgang/Willms, Günther 10. Auflage Berlin - New York, ab 1980
	22. Lieferung, 1980, §§ 211 - 217 StGB, bearbeitet von Jähnke, Burkhard
	26. Lieferung, 1981, §§ 221 - 233 StGB, bearbeitet ab § 223 StGB von Hirsch, Hans Joachim
	36. Lieferung, 1985, Vor § 32, §§ 34, 35 StGB, bearbeitet von Hirsch, Hans Joachim

Leithoff, H.
Die Duldungspflicht ärztlicher Behandlung als Möglichkeit medizinischer und sozialer Disziplinierung
in: Zeitschrift für Rechtsmedizin 83 (1979), S. 25 ff

Die Duldungspflicht ärztlicher Behandlung in verschiedenen medizinischen Versorgungsystemen
in: Lebensversicherungsmedizin 1976, 85 ff

Lenckner, Theodor
Der rechtfertigende Notstand
Tübingen 1965

Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter
in: ZStW 72 (1960), S. 446 ff

Lilie, H.
Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26. 10. 1982
in: NStZ 1983, 313 f

Linck, Joachim
Zwangsernährung von Untersuchungsgefangenen
in: NJW 75, 18 ff

Rechtsprobleme bei der Zwangsernährung
in: MDR 1975, S. 714 ff

Lindenschmidt, O.
Einwilligungserklärung für einen ärztlichen Eingriff
in: Chirurg 52 (1981), 660 ff

Löwe/ Rosenberg
Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgestz, Großkommentar (herausgegeben von Rieß, Peter)
24. Auflage
Berlin / New York

5. Lieferung, 1985, §§ 226 - 243, bearbeitet von Gollwitzer, Walter

Luyken, Rudolf/ Pottschmidt, Günter/ Thoelke, Horst Günther/ Wandke, Fritz/ Zitzmann, Johann/ Weil, Heinz (hg.)
Sammlung von Entscheidungen der Berufsgerichte für die Heilberufe
Loseblattsammlung
Köln 1983

Mansfeld, Karl	Zur Haftung des Arztes wegen Pflichtverletzung in: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1915, S. 334 ff
Martin, Anton/ Prölss, Jürgen	Versicherungsvertragsgesetz 21. Auflage München 1977
Matthies, Karl-Heinz	Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben Berlin 1984
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht 23. Auflage München 1980
Maunz, Theodor/ Dürig, Günter/ Herzog, Roman/ Scholz, Rupert	Grundgesetzkommentar Loseblattsammlung 5. Auflage München, Stand: November 1982
Maurach, Reinhart	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 8.5.1956 in: JR 1956, 348 ff
	Das neue Strafgesetzbuch der DDR in: NJW 1968, 913 ff und 1068 ff
Maurach, Reinhart/ Schroeder, Friedrich-Christian	Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1 6. Auflage, Karlsruhe 1977
Maurach, Reinhart/ Zipf, Heinz	Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 1 5. Auflage Karlsruhe 1977

Möllering, Jürgen	Die tödliche Freiheit in: Med. Welt 1974, 1254 ff
	Schutz des Lebens - Recht auf Sterben Stuttgart 1977
Möllhoff, G.	Suizid in sozialmedizinischer und rechtlicher Sicht in: Med. Welt 1972, 1508 ff
Müller, Egon	Zur strafrechtichen Regelung ärztlicher Eigenmacht im sogenannten Alternativ-Entwurf in: Saarländ. Ärzteblatt 24 (1971), S. 558 ff
Müller, Hermann/ Sax, Walter Paulus, Rainer (hg.)	KMR Kommentar zur Strafprozeßordnung 7. Auflage Darmstadt 1980 zitiert: KMR - Paulus
von Münch, Ingo (hg.)	Grundgesetz - Kommentar Band 1, 2. Auflage, München 1981
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Herausgegeben von Rebmann, Kurt und Säcker, Franz-Jürgen Band 1 (§§ 1 - 240), 2. Auflage München 1984
	Band 3, 2. Halbband (§§ 657 - 853) München 1980
Niethammer, Emil	Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts Tübingen 1950
Noll, Peter	Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung in: ZStW 77 (1965), S. 1 ff
	Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im Besonderen die Einwilligung des Verletzten Basel 1955
Nüßgens, Karl	Zwei Fragen zur zivilrechtlichen Haftung des Arztes in: Festschrift für Fritz Hauß, Karlsruhe 1978, S. 287 ff

Opderbecke, H. W.	Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht in: Eser, Albin (hg.), Suizid und Euthanasie, Stuttgart 1976 S. 136 ff
Oppenheim, L.	Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden Basel 1892
Otto, F.	Einwilligung zur Operation durch ärztlichen Patienten in: Krankenhausarzt 53 (1980), 723
Otto, Harro	Grundkurs Strafrecht II Berlin/New York 1977
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch 44. Auflage München 1985 zitiert: Palandt/Bearbeiter
Pawlik, Norbert	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 5.11.1963 in: NJW 1964, 779 f
Peters, Karl	Anmerkung zum BVerfG, Beschl. v. 19.10. 1971 in: JZ 1972, 85 f
Peters, Karl-Hugo	Wertungsrahmen und Konfliktypen bei der Konkurrenz zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen? in: GA 1981, 445 ff
Pfeiffer, Gerd/ Maul, Heinrich/ Schulte, Benno (hg.)	Strafgesetzbuch Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Essen 1969
Pschyrembel, Willibald	Klinisches Wörterbuch 254. Auflage Berlin / New York 1982
Ranft, Otfried	Hilfspflicht und Glaubensfreiheit in strafrechtlicher Sicht in: Festschrift für Erich Schwinge, Köln - Bern 1973, S. 111 ff
Riess, Peter	Die Durchführung der Hauptverhandlung ohne Angeklagten in: JZ 1975, 265 ff

Ringel, Erwin
Neue Untersuchungen zum Selbstmordproblem
1961

Roellecke, Gerd
Gibt es ein "Recht auf den Tod"?
in: Eser, Albin (hg.), Suizid und Euthanasie, Stuttgart 1976 S. 336 ff

Roemer, Hans
Die ärztliche Aufklärungspflicht vom Standpunkt und aus der Erfahrung des Arztes
Karlsruhe 1961

Röttgen, Karl
Der Eingriff des Arztes ohne oder wider Willen des Patienten. Dissertation
Köln 1937

Roggemann, Herwig
Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung der DDR mit Nebengesetzen
2. Auflage
Berlin 1978

Rollin, Klaus
Patientenbrief
in: Dtsch. Ärzteblatt 1979, 2276

Roß, Herbert
Hindert Art. 104 GG eine ausreichende Fürsorge für Psychischkranke?
in: NJW 1959, S. 2283 ff

Roxin, Claus
Der Schutz des Lebens aus der Sicht des Juristen
in: Blaha, Herbert u.a. (hg.), Schutz des Lebens - Recht auf Tod, München - Wien 1978, S. 85 ff

Die Mitwirkung beim Suizid - ein Tötungsdelikt?
in: Festschrift für Eduard Dreher, Berlin - New York 1977, S. 331 ff

Strafprozeßrecht (Prüfe Dein Wissen)
9. Auflage
München 1982

Täterschaft und Tatherrschaft
4. Auflage
Berlin / New York 1984

Roxin, Claus — Über die mutmaßliche Einwilligung
in: Festschrift für Hans Welzel 1974, S. 447 ff

Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtbegründende Merkmale im Strafrecht
in: JuS 1964, S. 373 ff

Rüping, Hinrich — Körperverletzung, Einwilligung und Heileingriff
Kritische Überlegungen zu BGH, Urt. v. 22.2. 1978
in: Jura 1979, 90 ff

Schadewaldt, Hans — Der Arzt vor der Frage von Leben und Tod
in: Klin. Wschr. 47 (1969), S. 557 ff

Schara, Joachim — Die Grenzen der Behandlungspflicht in der Intensivmedizin
in: Münch. Med. Wschr. 117 (1975), 1429 ff;
Ferner abgedruckt
in: Dtsch. Ärzteblatt 73 (1976), 507 ff. sowie 587 ff.

Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht
in: Rheinisches Ärzteblatt 1978, 800 ff.

Humane Intensivtherapie
Erlangen 1982

Schleifer, Beate/ Pribilla, Otto — Zur Problematik der unterlassenen ärztlichen Hilfeleistung in Schleswig-Holstein
Hamburg 1973

Schmidthäuser, Eberhard — Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht
in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin/New York 1974, S. 801 ff.

Strafrecht Allgemeiner Teil
2. Auflage
Tübingen 1975

Strafrecht Besonderer Teil
Tübingen 1980

Schmidt, Eberhard	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.11.1957 in: JR 1958, 226 f.
	Der Arzt im Strafrecht Leipzig 1939
	Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Band I, 4. Teil, Tübingen 1962 zitiert: Schmidt, Eberhard, Gutachten
	Lehrkommentar zur StPO und zum GVG Nachtragsband I Göttingen 1967
Schneidewin, K.	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.7.1961 in: JR 1962, 308 f.
Schönke, Adolf/ Schröder, Horst	Strafgesetzbuch 21. Auflage München 1982
Schröder, Horst	Eigenmächtige Heilbehandlung in geltendem Strafrecht und im StGB - Entwurf 1960 in: NJW 61, 951 ff.
Schünemann, H.	Einwilligung und Aufklärung von psychisch Kranken in: VersR 1981, S. 306 ff.
Schulz, Georg	Der Arzt vor dem Richter Hannover 1961
Schwabe, Jürgen	Glaubensfreiheit und Pflicht zur Hilfeleistung - OLG Stuttgart, MDR 1964, 1024 und BVerfG E 32, 98 - in: JuS 1972, 380 ff.

Schwalm, Georg	Die strafrechtliche Bedeutung der ärztlichen Aufklärungspflicht in: MDR 1960, 722 ff.
	Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht aus der Sicht des Juristen Karlsruhe 1961
	Sechzehn Thesen zur Einwilligung in Heilbehandlungen und zur ärztlichen Aufklärungspflicht in: Krankenhausarzt 33 (1960), S. 87 f.
Schweiger, Karl	Selbstmord und Hilfeleistungspflicht in: NJW 1955, 816 ff.
Schweisheimer, Waldemar	Das Recht auf den Tod in: DRiZ 1973, 167 f.
	Probleme der Sterbehilfe in Amerika in: DRiZ 1973, 15 f.
Schwerd, Wolfgang (hg.)	Rechtsmedizin 2. Auflage Köln 1976
Seeler, H.J.	Beihilfe zum Selbstmord - Unterlassene Hilfeleistung? in: NJW 1958, 1860 f.
Seelmann, Kurt	Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen Hamburg 1978
Siebert, Arvid	Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit Dissertation Münster 1982
Siegmund - Schultze, G.	Die Rechtspflicht des Arztes zur Zwangsbehandlung eines Patienten in: Arztrecht 1976, 37 ff.
Simon, Joachim	Zwangsernährung von Häftlingen in: Dtsch. Ärzteblatt 1975, 2124

Simson, Gerhard	Die Suizidtat München 1976
Soergel/ Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch Band 1, Allgemeiner Teil 11. Auflage Stuttgart Berlin Köln Mainz 1978 Band 3, Schuldrecht II, 10. Auflage Stuttgart Berlin Köln Mainz 1969
Sonnen, B.R.	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.2.1978 in: JA 1978, 466 f.
Spann, Wolfgang/ Liebhardt, Erich/ Braun, Werner	Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Willensfreiheit des Patienten in: Festschrift für Paul Bockelmann München 1979, S. 487 ff.
v. Staudinger, Julius	Kommentar zum BGB mit EG und Nebengesetzen II. Band, 5. Teil, §§ 823 - 835 10./11. Auflage Berlin 1975
Stengel, Erwin	Selbstmord und Selbstmordversuch Frankfurt 1969
Stratenwerth, Günter	Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I Straftaten gegen Individualinteressen 2. Auflage Bern 1978
Stooss, Carl	Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung Berlin 1898
Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch	Herausgegeben von Rudolphi, Hans Joachim/Horn, Eckard/ Samson, Erich Band I, Allgemeiner Teil 2. Auflage, Frankfurt am Main 1977 Band II, Besonderer Teil Loseblattsammlung, Stand Dezember 1980

Tempel, Otto — Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Regelung
in: NJW 1980, 609 ff.

Trockel, Horst — Der ärztliche Heileingriff im System der Strafrechtsordnung
in: Med. Klinik 70 (1975) S. 1153 ff.

Die Einwilligung Minderjähriger in den ärztlichen Heileingriff
in: NJW 1972, 1493 ff.

Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht
in: NJW 1970, 489 ff.

Troschke, Jürgen von/ Schmidt, Helmut (hg.) — Ärztliche Entscheidungskonflikte
Stuttgart 1983

Uhlenbruck, Wilhelm — Begründet der Grundsatz "primum nil nocere" eine besondere Rechtspflicht des Arztes?
in: Med. Klinik 66 (1971), 899 ff.

Der Patientenbrief - die privatentnommene Gestaltung des Rechts auf einen menschenwürdigen Tod
in: NJW 1978, 566 ff.

Zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten bei akut - lebensgefährlicher Erkrankung
in: Rhein. Ärzteblatt 37 (1983), S. 801 f.

Uhlenbruck, Wilhelm/ Rollin, Marion (u.a.) — Sterbehilfe und Patienten - Testament
Berlin 1983

Venzlaff, Ulrich — Selbstmord und freie Willensbestimmung (zur Problematik des § 169 VVG)
in: Lebensversicherungsmedizin, 1. Sonderheft 1966, 25 ff.

Wagner, Joachim
Die Regelung der Zwangsernährung
in: ZRP 1976, S. 1 ff.

Selbstmord und Selbstmordverhinderung
Karlsruhe 1975

Warda, Günter
Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen
in: Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, S. 143 ff

Weber, Gunter
Die Grenzen der Anwendbarkeit des § 330 c StGB auf die Behilfe zum Selbstmord
in: NJW 1959, 134 f.

Weis, Kurt
Freitod in Unfreiheit
in: ZRP 1975, S. 83 ff

Weißauer, W./ Hirsch, G.
Verweigerung der Bluttransfussion aus religiösen Motiven
in: Informationen des Berufsverbandes der Deutschen Chirurgen e.V., Nr. 8/1979

Weißauer/ W./ Opderbecke, H.W.
Tod, Todeszeitbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht
in: Rhein. Ärzteblatt 1973, 364 ff.; 403 ff. sowie 499 ff.

Welzel, Hans
Das Deutsche Strafrecht
11. Auflage, Berlin 1969

Wessels, Johannes
Strafrecht Allgemeiner Teil
13. Auflage
Heidelberg 1983

Strafrecht Besonderer Teil - 1
6. Auflage
Heidelberg 1982

Weyers, Hans-Leo
Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht einzufügen?
in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages,
Band I, München 1978
zitiert: Weyers, Gutachten

Wilts, Walter — Die ärztliche Heilbehandlung in der Strafrechtsreform
Teil I MDR 1970, 971 ff.
Teil II MDR 1971, 4 ff.
Teil III MDR 1971, 92 ff.

Wimmer, August — Kein Recht auf den eigenen Tod?
in: FamRZ 1975, 438 ff.

Wöbker, Richard — Selbstmord und Selbstmordversuch als Unglücksfall im Sinne des § 323 c StGB.
Dissertation
Köln 1981

Zipf, Heinz — Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung
(dargestellt an Hand von § 110 öStGB)
in: Festschrift für Paul Bockelmann,
München 1979, S. 577 ff

Einleitung

§ 1 Problemstellung

Die Frage nach den strafrechtlichen Konsequenzen des eigenmächtigen ärztlichen Heileingriffes, die bereits vor der Jahrhundertwende diskutiert wurde 1), hat seit der Arbeit von Eberhard Schmidt 2) bis heute nichts von ihrer Brisanz verloren. Das gilt namentlich für solche Fälle, in denen der Arzt handelt, um das Leben des Operationsverweigerers zu retten. Doch auch lebensnotwendige Operationen an Minderjährigen gegen den erklärten Willen der Eltern sind in jüngster Zeit häufig Gegenstand von Gerichtsentscheidungen und damit der öffentliche Diskussion 3). In solchen Fällen kommt es nämlich zu einem - für den Arzt furchtbaren -Widerstreit zwischen seinem Heilauftrag und seiner Verpflichtung, das Selbstbestimmungsrecht des mündigen Patienten 4) zu respektieren.

---

1) Vgl. nur die grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts vom 31. 5. 1894 (RG St 25, 375)

2) Schmidt, Eberhard, Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939

3) Teilweise wird der entgegenstehende Wille der Eltern für unbeachtlich gehalten (FAZ vom 10. 8. 1981: Londoner Berufungsgericht), teilweise wird er akzeptiert (FAZ vom 14. 12. 1983: Amerikanischer Oberster Gerichtshof)

4) Zur Beachtlichkeit des entgegenstehenden Willens eines einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen vgl. unten, Dritter Teil, § 5

I. Verdeutlichung der Problematik anhand von Fallbeispielen

Einige Fälle aus der Praxis mögen diese Kollision zwischen "salus" und "voluntas" des Kranken und damit das Thema der vorliegenden Arbeit verdeutlichen 5):

Fall 1: Der 15-jährige Mathias B. wird von einem niedergelassenen Orthopäden in eine Universitätsklinik verlegt mit der Einweisungsdiagnose 6) eines Schienbeinkopf-Osteosarkoms 7).

In der Vorgeschichte war der Junge wegen Schmerzen im Bereich des Schienbeinkopfes insgesamt 4-6 Wochen von dem einweisenden Orthopäden mit physikalischer Therapie ambulant behandelt worden. Dies hatte jedoch nicht zu einer Besserung geführt.

Mit den Eltern wurde verabredet, daß in der erforderlich gewordenen Operation ein Schnellschnitt im pathologischen Institut der gleichen Universität mit einer feingeweblichen Untersuchung durchgeführt werde und daß die Entscheidung des "weiteren operativen Vorgehens" im wesentlichen von der Diagnose des Pathologen abhängig sei.

---

5) Die folgenden Fälle sind Original-Krankenunterlagen der Rheinisch-Westfälisch-Technischen-Hochschule Aachen nachgebildet

6) Medizinische Fachausdrücke werden erklärt nach Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 254. Auflage 1982

7) Pschyrembel, aaO S. 867: Von einem Knochen (hier: Schienbein) ausgehende bösartige Geschwulst

Intraoperativ stellt sich ein großer, solider Tumor dar, der wegen seiner Buntheit und seines invasiven 8) Wachstums in den Knochen und das umliegende Weichteilgewebe auch klinisch schon den Verdacht auf ein osteogenes Sarkom erlaubt. Die feingewebliche Untersuchung (als Schnellschnittdiagnose) bestätigt diesen Verdacht. Daraufhin entschließt sich der Operateur, das Bein im Oberschenkelbereicht (15 cm körperfern des Hüftgelenkes) zu amputieren.

Präoperativ hatten zwar die Elten im Einwilligungsgespräch besorgt geäußert, "ihrem Sohn müsse doch wohl nicht das Bein abgenommen werden. Eine solche Verstümmelung nämlich werde das psychisch labile Kind niemals verkraften. Mit einer Amputation seien sie deshalb nicht einverstanden." Ärztlicherseits war jedoch eine Beinamputation weder im Therapieplan vorgesehen, noch hatten die Betroffenen mit der Notwendigkeit eines solchen Eingriffs gerechnet.

Fall 2: Der 45-jährige Autoverkäufer Paul D., der seit 20 Jahren ein sehr starker Zigarettenraucher ist, bemerkt während der letzten Monate eine zunehmende Heiserkeit. Er konsultiert einen niedergelassenen Hals-Nasen-Ohrenarzt, der bei ihm nach Kehlkopfspiegelung den Verdacht auf einen Stimmbandkrebs äußert.

---

8) Pschyrembel, aaO S. 565: Für eine Krebsgeschwulst kennzeichnendes Wachstum in das benachbarte Bindegewebe hinaus

Der Patient wird zur Hals-Nasen-Ohrenklinik des nahe gelegenen Kreiskrankenhauses überwiesen. Dort wird er einer sog. Mikrolaryngoskopie 9) unterzogen. Aufgrund dieser Untersuchungsmethode kann der Verdacht auf einen Kehlkopfkrebs wesentlich erhärtet werden.

In dem präoperativen Gespräch weist der Operateur den Patienten darauf hin, daß es bei ihm notwendig sein könnte, einen Teil des Kehlkopfes mit den seitlichen Halslymphknoten bei der Operation zu entfernen, um das Lymphabflußgebiet, in dem evtl. noch Krebszellen vorhanden sind, von diesen freizumachen. Hierdurch würde er einen Teil seiner Sprachfähigkeit verlieren, und es bliebe eine gewisse Heiserkeit zurück. Der Patient erklärt sich grundsätzlich mit der so beschriebenen Operation einverstanden, weist jedoch darauf hin, daß er seine Stimme insbesondere zur Ausübung seines Berufes unabdingbar benötige. Eine andere Tätigkeit komme für ihn nicht in Frage. Der Arzt müsse ihm daher unter allen Umständen wenigstens teilweise sein Sprachvermögen belassen.

Intraoperativ stellt sich nun heraus, daß die sichtbaren Veränderungen mit Befallensein des Stimmbandepithels 10) zwar auf das rechtsseitige Stimmband beschränkt sind, daß aber unter der Schleimhaut bereits der Krebs auf die andere Seite weitergewachsen ist, so daß hier als curativer 11) Eingriff nur die Entfernung des gesamten Kehlkopfes übrigbleibt.

---

9) Pschyrembel, aaO S. 657: Spezielle Methode der Kehlkopfspiegelung

10) Pschyrembel, aaO S. 329: Auf dem Stimmband wachsendes Zellgewebe

11) Lat.: Vorsorge treffen

Der Operateur entschließt sich wegen der Erforderlichkeit eines wirklich curativen Eingriffes aus eindeutig vitaler Indikation zur Laryngektomie 12). Als der Patient aus der Narkose wach wird, hat er keinen Kehlkopf mehr; ihm ist damit jede Möglichkeit genommen, eine Stimme zu artikulieren. In wochen- und monatelanger Arbeit muß er die sog. Rülpssprache erlernen, bei der Luft aus dem Magen durch die Speiseröhre hochgestoßen und mit den Lippen zu Lauten verformt wird.

Fall 3: Der 26-jährige Kunstschmied Uwe W. erleidet beim Schmieden eines Gitters dadurch eine Verletzung, daß beim Zuschlagen ein Stück glühendes Eisen von einem Vierkantstab abspringt und ihm in das rechte Auge dringt.

Die Erstbehandlung erfolgt in dem nahen Kreiskrankenhaus in einer Augen-Fachabteilung. Dort wird das Auge verbunden und der Metallsplitter, der tief im Auge sitzt, an seinem Ort belassen.

Nach 4-wöchigem Heilverlauf wird dem Patienten die Augenklappe abgenommen, und der Oberarzt der Abteilung nimmt, wie bereits mehrfach zuvor geschehen, eine erneute Spiegelung des Augenhintergrundes vor. Da er dort eine verdächtige Verfärbung entdeckt, wird dem Patienten dazu geraten, den Metallsplitter aus dem Auge entfernen zu lassen, da zu befürchten ist, daß durch die Korrosion des Eisens Pigmentablagerungen auftreten und es zu einer toxischen 13) Schädigung des Glaskörpers

---

12) Pschyrembel, aaO S. 594 f: Kehlkopftotalausräumung (Kehlkopfexstirpation)

13) Lat.: Durch Gift hervorgerufen

kommt. Nach Rücksprache des Chefarztes der Abteilung mit dem Patienten entschließt man sich dazu, den Metallsplitter aus dem Glaskörper des Auges zu entfernen. Der Patient willigt ein, nachdem ihm erklärt wurde, erfahrungsgemäß bestehe bei den gegebenen Umständen nicht die Gefahr, daß es durch den Eingriff zu einer Beeinträchtigung der Sehkraft des Auges oder gar zu einer einseitigen Erblindung komme.

Bei der am nächsten Tag vorgenommenen Operation stellt man allerdings fest, daß im Augenhintergrund ein bösartiger Tumor - ein sog. Melanom - zusätzlich zur Splitterverletzung vorliegt. Da man ärztlicherseits mit dieser Komplikation nicht primär rechnen konnte, wurde der Patient auch nicht auf die Möglichkeit einer Enukleation 14) des Auges hingewiesen. Der Operateur war sich andererseits darüber im klaren, daß beim Vorliegen eines solchen - extrem bösartigen - Tumors eine Totalentfernung des Auges vital indiziert ist.

Im Interesse des Patienten entschließt sich der operierende Arzt, den Augapfel sofort total auszuräumen. Ausschlaggebend für diese Entscheidung war dabei nicht das erhöhte Risiko einer neuerlichen Narkose, sondern die begründete Befürchtung, der Patient - mit einem so schwerwiegenden Eintriff konfrontiert - werde möglicherweise nicht von der Erforderlichkeit der Operation zu überzeugen sein.

---

14) Pschyrembel, aaO S. 316: Ausschälung des Augapfels aus seiner Kapsel unter Zurücklassung der Muskulatur

Fall 4: Der Gerüstbauer Ernst M., 29 Jahre, verheiratet, ohne Kinder, stolpert beim Gerüstaufbau an der Außenwand eines Zweifamilienhauses und stürzt drei Meter tief auf den Pfahl des schmiedeeisernen Gartenzaunes. Die herbeigerufene Feuerwehr findet den Mann in "sitzender" Haltung auf dem Pfahl, wobei das eine Bein an der Zaunaussenseite, das andere innen hängt und der Mann versucht sich mit den Händen abzustützen. Lege artis wird der Pfahl belassen und circa fünfzig Zentimeter unterhalb der Eintrittsöffnung in den Körper abgetrennt. Nach Anlegen einer Infusion durch den Notarzt wird der Mann in die Unfallambulanz der nahen Klinik eingeliefert.

Der Lokalbefund ergibt, daß in den Dammbereich eine etwa drei Zentimeter starke Eisenstange tief eingedrungen ist; die Hauträndер sind verschmutzt, mit Kleiderresten behaftet und eingezogen. Das Scrotum 15) ist an der Unter- und Hinterfläche breit eingerissen; der linke Hoden ist von der Blutzufuhr abgetrennt und hängt nur an einer Hautbrücke. Der rechte Hoden ist schwer gequetscht; die Durchblutung ist jedoch erhalten. Es besteht der dringende Verdacht auf eine begleitende Harnröhren- und Blasenverletzung. Die rectale digitale 16) Untersuchung ergibt eine Mitverletzung des Rectum bei zerstörtem Anteil der vorderen Schließmuskulatur.

---

15) Pschyrembel, aaO S. 1088: Hodensack

16) Pschyrembel, aaO S. 224, 1010: Untersuchung des Mastdarmes mittels Einführen der Finger

Die Diagnose erfordert aus medizinischer Indikation folgendes operatives Vorgehen: Entfernung des linken Hodens, der bereits traumatisch 17) amputiert **ist,** sowie des rechten Hodens wegen zu erwartender Funktionsuntüchtigkeit des gequetschen Gewebes und höchstem Infektionsrisiko; Naht der Harnröhre und Blase; Anlegen eines anus praeter 18) wegen irreparabler Schädigung des Schließmuskelapparates.

Traumatisch bedingt befindet sich der Patient zwar in einem leichten Schockzustand; er ist jedoch bei wachem Bewußtsein, ansprechbar und voll orientiert.

Die ausführliche Aufklärung des Chefarztes der Abteilung befaßt sich namentlich auch mit dem postoperativen Zustand des Patienten: die kastrative Wirkung einer Hodenentfernung führe nicht lediglich zur Zeugungsunfähigkeit; regelmäßige Folge seien vielmehr auch Veränderungen in der gesamten Persönlichkeitsstruktur eines so Operierten. Es bleibe indessen keine Alternative; die vital indizierte Operation sei zur Lebenserhaltung unvermeidbar.

Angesichts dieser Umstände verweigert der Patient die Entfernung des rechten Hodens; der Arzt solle sich um Heilung bemühen, ohne zu diesem Eingriff zu schreiten. Erweise sich, daß er dann sterben müsse, so wolle er sich seinem Schicksal nicht in den Weg stellen. Dem Mediziner gelingt es trotz intensiver Bemühungen nicht, den Verunglückten hiervon abzubringen.

---

17) Pschyrembel, aaO S. 1215: Durch eine Verletzung entstanden

18) Pschyrembel, aaO S. 65: Künstlicher (operativ angelegter) Darmausgang

Nach achtundvierzig Stunden kommt es zu einer erheblichen Schwellung und Blauverfärbung des breit offen gelassenen Scrotumrestes. Laboruntersuchungen liefern den Beweis für eine Gasbrand-Infektion. Nun ist die radikale Amputation zur Erhaltung des Lebens unbedingt erforderlich, da ein Gasbrandinfekt sonst mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich endet. Der behandelnde Arzt entschließt sich in Kenntnis und trotz des Verbotes des Kranken zum lebensnotwendigen Eingriff.

Zur weiteren Verdeutlichung der Problematik lebensnotwendiger Operationen bei entgegenstehendem Willen des Patienten **19)** sei abschließend noch auf Fälle sogenannter "ultraradikaler" Eingriffe zum Zwecke der Lebenserhaltung bzw. Lebensverlängerung hingewiesen. Ein besonders krasses Beispiel dafür bildet die sogenannte Hemikorporektomie:

Fall 5: Bei dieser Operation, die erstmals im Oktober 1961 in Minnesota, USA, an einem jungen Amerikaner vorgenommen wurde **20)**, wird die gesamte untere Körperhälfte oberhalb des Beckens abgetrennt, die Wirbelsäule verkürzt, die Blase in den Restkörper eingepflanzt und ein künstlicher Darmausgang angelegt **21)**.

---

19) Eine vital indizierte eigenmächtige Hodenamputation lag auch dem Urteil des BGH in JZ 1964, 231 f zugrunde; dort war sie wegen schwerer offener Blasentuberkulose erforderlich.

Ein weiterer Fall zur Operationsverweigerung bei Lebensgefahr findet sich bei Krey, BT-1, S. 66 ff (Fall 19)

20) In den Vereinigten Staaten sind derartige Eingriffe nicht ungewöhnlich; vgl. das Magazin "Stern" 1984, Heft Nr. 13, S. 20 ff (28): Kinderkrankenhaus Pittsburgh

21) Solch letzten Versuch zur Lebensrettung wagt man hauptsächlich in der Geschwulstchirurgie (Derra, in: Der Spiegel, 27 (1963), S. 58 ff (60),

Soweit ersichtlich, erfolgte diese Operation nicht ohne oder gar gegen den Willen des Patienten. Man stelle sich aber einmal vor, ein Arzt würde, wenn anders das Leben seines Patienten nicht zu retten wäre, einen solchen Eingriff trotz ausdrücklicher, ernstlicher Operationsverweigerung durch den Patienten vornehmen! Der Fall zeigt deutlich, daß der individuelle, ganz persönliche Wille des Patienten seinem nach objektiven Kriterien vom Arzt zu beurteilenden vitalen Interesse nicht ohne weiteres untergeordnet werden kann.

Nachdem das Problemfeld des zu bearbeitenden Stoffes und seine strafrechtliche Relevanz im Alltag des Chirurgen veranschaulicht wurden **22)**, bietet es sich an, auf den mit der Themenstellung bezeichneten Gegenstand der Untersuchung näher einzugehen:

Fortsetzung Fußnote **21)**

der dem Eingriff allerdings ablehnend gegenübersteht, da keine Unabhängigkeit des Patienten von ständiger ärztlicher Betreuung erreicht werden könne (S. 58), etwa bei fortgeschrittenem Beckenkarzinom (Pschyrembel, aaO S. 470), wenn die Überlebensprognose günstig erscheint, weil der verbleibende Restkörper noch sehr weitgehend metastasenfrei ist.

Durchaus vorstellbar und nicht etwa realitätsfern erscheint eine derartige "operative Verstümmelung" indessen auch im Bereich der Unfallchirurgie, etwa bei irreparablen Zertrümmerungen des Beckens. Wird man hier den bewußtlosen, noch jugendlichen Verletzten lebensrettend "halbieren", ohne ihn vorher zu fragen, ob er so weiterleben will? Fristet ein solcher menschlicher "Torso" - möglicherweise ungewollt - sein ständig und permanent von ärztlicher Betreuung abhängiges Dasein nicht nur dem ambitionierten Arzt zuliebe (Derra, in: Langenbeck's Archiv für klinische Chirurgie, Bd. 304, 1963, S. 3 ff (10))?

22) Der weitaus größte Teil eigenmächtiger Operationen erreicht nicht einmal den Staatsanwalt.

II. Erläuterung der Situation ärztlicher Eigenmacht bei verweigerter Einwilligung

In der Terminologie des juristischen Schrifttums wird eine ärztliche Behandlung als "eigenmächtig" bezeichnet, wenn sie unabhängig davon erfolgt, ob der zu Behandelnde sie ausdrücklich wünscht 23). Die im allgemeinen Sprachgebrauch diesem Wort beigemessene negative Tendenz hat dabei auf die juristische Bedeutung keinen Einfluß.

Begrifflich meint der Ausdruck "ärztliche Eigenmacht" zum einen Fälle, in denen eine wirksame Einwilligung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen fehlt, die Operation also **ohne Einwilligung** durchgeführt wird. Auf diese,

---

Fortsetzung Fußnote 22)

Nach Angaben von Matthies, Schiedsinstanzen, 1984, S. 160 ff werden nur bei etwa 5 % der bei Versicherungen gemeldeten Arzthaftungsfälle staatsanwaltschaftliche Ermittlungen eingeleitet. Das liegt einmal daran, daß sich der erfolgreich Operierte häufig den medizinischen Sachzwängen beugt und die Operation stillschweigend genehmigt, jedenfalls aber auf Strafanzeige oder Strafantrag verzichtet. Zum anderen stehen im Vordergrund solcher Konstellationen nicht selten strafprozessuale Fragen (etwa Beweisschwierigkeiten etc.), so daß es auf eine materiellrechtliche Klärung nicht ankommt (Schriftliche Auskünfte der Staatsanwaltschaften Köln - vom 2. 11. 1981 -, Bonn - vom 27. 8. 1981 -, Düsseldorf - vom 29. 9. 1981 - sowie Münster -vom 11. 9. 1981).

Die nicht geringe Anzahl höchstrichterlicher Entscheidungen zu dem Problembereich dürfte indes die praktische Bedeutsamkeit dieser Frage hinreichend beweisen.

23) Vgl. nur Laufs, Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht, in: NJW 1969, 529 ff

aus rechtlicher Sicht im wesentlichen geklärte 24) Situation wird im Rahmen der Untersuchung nur einzugehen sein, soweit dies zum Verständnis der Problematik erforderlich erscheint.

Auf der anderen Seite aber und vor allem handelt der Arzt eigenmächtig, der den **entgegenstehenden Willen** des Kranken nicht beachtet. Die Erörterung solcher Konstellationen bildet den Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung. Dabei gilt es, zu klären, unter welchen Umständen der Arzt die Ablehnung einer notwendigen Operation als verbindlich akzeptieren muß.

III. Definition des Bereiches der Lebensgefahr

Wenn in der Themenstellung, in den geschilderten Fallbeispielen und im Verlaufe der Untersuchungen von **lebensnotwendigen** ärztlichen Maßnahmen die Rede ist, so bedarf dies einer kurzen Erläuterung. Als lebensnotwendig sollen Operationen bezeichnet werden, die infolge eines Unfalls oder einer fortgeschrittenen Krankheit vital indiziert 25) sind, d.h. deren Vornahme wegen vorhandener Lebensgefahr aus medizinischer Sicht geboten ist 26) und bei denen eine Rettung des gefährdeten Lebens erwartet werden kann. Der Chirurg hat die Entscheidung darüber, wann Lebensgefahr besteht, gemäß den Umständen des Einzelfalles nach den Erkenntnissen der Medizin zu treffen.

---

24) Vgl. dazu unten, Dritter Teil, § 2

25) Pschyrembel, aaO S. 550

26) Enger ist der Begriff der "akuten" Lebensgefahr in § 101 StVollzG: Wird nicht eingegriffen, so steht der Tod unmittelbar bevor (Calliess/Müller-Dietz, StVollzG, § 101 Rdnr. 6)

§ 2 Nähere Begrenzung der Thematik

Die strafrechtliche Problematik eigenmächtiger ärztlicher Eingriffe in Fällen vitaler Indikation umfaßt eine so breite Palette von zum Teil höchst umstrittenen Einzelproblemen, daß eine themenmäßige Beschränkung sachgerecht erscheint; andernfalls würde die Arbeit nach ihrem Umfang jedes Maß sprengen. Daher ist im folgenden der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung näher einzugrenzen:

I. Beschränkung auf chirurgische Operationen von am Maßstab des § 224 StGB erheblichem Ausmaß

Die Arbeit wird sich nur mit solchen ärztlichen Eingriffen beschäftigen, die besonders massiv ins Gewicht fallen. Gemeint sind damit alle Operationen, welche eine der in § 224 StGB angeführten Qualifikationen erfüllen; darüber hinaus werden aber auch alle ähnlichen, ebenso schwerwiegenden Maßnahmen erfaßt, wie beispielsweise die Exstirpation 27) eines Lungenflügels 28). Somit hat die vorliegende Arbeit solche Heileingriffe zum Gegenstand, die **nach dem Maßstab des § 224 StGB** als schwerwiegend erscheinen.

---

27) Pschyrembel, aaO S. 346: Operative Entfernung (Ausrottung) eines Organs

28) So dehnt der Bundesgerichtshof das Merkmal "wichtiges Glied" in § 224 StGB nicht auf innere Organe aus mit der Folge, daß die Vorschrift tatbestandsmäßig ausscheidet (Vgl. für den Verlust einer Niere BGH St 28, 100 ff (101) mit Anmerkungen von Hirsch (JZ 1979, 109: zustimmend) und Ebert (JA 1979, 278: ablehnend); a.A. allerdings OLG Neustadt NJW 1961, 2076 f). Entscheidendes Kriterium für dieses Merkmal bleibt nach RG St 6, 346 ff (347) allein die Verbindung durch Gelenke (ausführlich Hirsch, in: LK, 10. Aufl. 1981, § 224 StGB Rdnr. 8 m.w.N.).

Gleichwohl wird man einen solchen Fall als ebenso schwerwiegend wie die in § 224 StGB angeführten behandeln müssen.

Diese Ausklammerung weniger erheblicher ärztlicher Maßnahmen - namentlich eigenmächtiges Auspumpen des Magens, etwa bei einer Vergiftung; eigenmächtige Verabreichung einer Penicillin-Injektion u.ä. - könnte auf den ersten Blick willkürlich erscheinen; doch beruht sie auf den folgenden Erwägungen:

Zum einen läßt jene Beschränkung des Themas den Interessenkonflikt klarer hervortreten, um den es bei der Problematik eigenmächtiger Heileingriffe in vitaler Indikation geht: nämlich den Konflikt zwischen dem Heilauftrag des Arztes, der soweit irgend möglich Leben erhalten möchte, auf der einen Seite und dem Schutz des Patienten vor eigenmächtigen Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit auf der anderen Seite. Wie unter einem Vergrößerungsglas wird jener Interessenwiderstreit in besonderer Weise deutlich, wenn der Arzt einen Patienten gegen dessen Willen etwa durch Amputation beider Beine **verstümmelt**, um das Leben des Operierten zu erhalten.

Zum anderen soll jene Eingrenzung unseres Themas deswegen erfolgen, weil gute Gründe dafür sprechen, daß bei dem eigenmächtigen ärztlichen Heileingriff in vitaler Indikation möglicherweise eine differenzierende Behandlung von leichten Eingriffen einerseits und schweren andererseits geboten sein könnte **29)**. Es liegt auf der

---

29) Für eine solche Differenzierung treten beispielsweise ein: Hardwig, Betrachtungen zur Frage des Heileingriffes, in: GA 1965, 161 ff (164 ff, 168 f); Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, in: ZStW 77 (1965), 1 ff (27); in diesem Sinne auch Geilen, unten Fußnote 18.

Vgl. unter diesem Aspekt auch die modifizierende Auffassung von Schröder und Eser zur Frage der Körperverletzungsqualität ärztlicher Heileingriffe (dazu noch unten, Erster Teil § 2 I 3)

Hand, daß eine lebensrettende Bluttransfusion gegen den Willen des Patienten nicht unbedingt in gleicher Weise straftatbestandsmäßig **und** rechtswidrig sein muß, wie es möglicherweise eine eigenmächtige Amputation von Armen oder Beinen in Fällen vitaler Indikation ist 30).

Die Beantwortung der Frage, ob und wie weit bei der Beurteilung ärztlicher Heileingriffe in Fällen vitaler Indikation zwischen schwerwiegenden und weniger schwerwiegenden zu unterscheiden ist, würde eine Reihe von zusätzlichen Erwägungen erfordern, namentlich eine gründliche Auseinandersetzung mit dem Problemkreis des Bagatellunrechts 31), mit der Bedeutung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots 32) für Begründung und Ausschluß des Strafunrechts und mit ähnlichem mehr. Damit aber würde der Rahmen der vorliegenden Arbeit gesprengt.

Freilich könnte man einwenden: die Ausklammerung von Bagatellfällen erscheine aus den dargelegten Gründen gut vertretbar; doch frage sich, ob man sich wirklich bei der Begrenzung des Themas auf schwerwiegende Eingriffe am Maßstab des § 224 StGB orientieren solle. Darauf

---

30) Ebenso Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963, S. 141 in Fußnote 357), der das Gewicht der Selbstbestimmung von der Art des Eingriffs abhängig machen will: "Ob der Arzt eigenmächtig, sei es auch zur Lebensrettung, die Hand des Pianisten amputiert oder dem Sektenmitglied gewaltsam eine Bluttransfusion verpaßt, das ist zweierlei."

31) Allgemein zur Frage der Bagatelldelinquenz siehe ausführlich Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, Berlin 1966

32) Hierzu grundlegend Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, §§ 12-15, S. 179-246

ist zu antworten, daß eine Beschränkung auf Fälle, wie sie in dieser Vorschrift angeführt werden, einschließlich ähnlicher, ebenso gravierender Eingriffe, sich immerhin an einem normativen Maßstab ausrichtet. Zur Veranschaulichung der Problematik und zur Herausarbeitung einer sachgerechten Lösung erschien es angemessener, sich in einem positiven Sinne auf Fälle mit einem Gewicht wie das der in § 224 StGB genannten zu beschränken, als in einem negativen Sinne lediglich ganz unerhebliche Fälle auszuscheiden, ohne hierfür ein ähnlich im Gesetz angelegtes normatives Leitbild zu besitzen.

Damit ist die vieldiskutierte Problematik des Bluttransfusionsverweigerers aus religiösen Motiven nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit 33).

---

33) Es handelt sich in der Hauptsache um die religiöse Sekte der "Zeugen Jehovas", die unter Berufung auf die Bibel (1. Buch Moses, Kap. 9 Vers 5,6: "Ich werde euer Blut, das eurer Seelen, zurückfordern ...") die Infusion von fremdem Blut grundsätzlich, auch bei Lebensgefahr, ablehnen.

Die Meinungen im Schrifttum zur Frage des ärztlichen Behandlungsrechts in diesem Falle sind sehr kontrovers:

Die Gegner eigenmächtiger ärztlicher Infusionen verweisen auf das Selbstbestimmungsrecht des Kranken, das beachtet werden müsse; in diesem Sinne etwa Häring, Moraltheologische Überlegungen zu Suizid und Euthanasie, in: Eser (hg.) Suizid und Euthanasie, 1976, S. 261 ff (267); Laufs, Arztrecht, 2. Auflage 1978, Rdnr. 84 a.E.; Ranft, Hilfspflicht und Glaubensfreiheit in strafrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Schwinge, 1973, S. 111 ff (119 f, 121); Schünemann, Einwilligung und Aufklärung von psychisch Kranken, in: VersR 1981, 306 ff (308); Weißauer/Hirsch, Verweigerung der Bluttransfusion aus religiösen Motiven, in: Informationen des Berufsverbandes der deutschen Chirurgen e.V., Nr. 8/1979, S. 121 ff (121 f); in diese Richtung tendierend wohl auch das BVerfG E 32, 98 ff (106, 109) mit zustimmenden Anmerkungen von Peters (JZ 1972, 85 f) und Deubner (NJW 1972, 814), zu diesem Urteil

II. Ausklammerung der Zwangsernährung Strafgefangener

Unerörtert bleibt weiterhin das Sonderproblem der Zwangsernährung von Untersuchungs- bzw. Strafgefangenen 34).

Fortsetzung Fußnote 33)

ausführlich Schwabe, Glaubensfreiheit und Pflicht zur Hilfeleistung, in: JuS 1972, 380 ff.

Die Befürworter einer Zwangsbehandlung sehen in der Bluttransfusionsverweigerung einen Verstoß gegen die guten Sitten bzw. rekurrieren auf die Parallele zum Selbstmord; diese Auffassung vertreten u.a.: Barnikel, Bluttransfusion und Einwilligung des Patienten, in: Dtsch. Med. Wschr. 104 (1979), 330 f mit einer Erwiderung von Weißauer/Hirsch; Hardwig, GA 1965, 161 ff (164 ff); Noll, ZStW 77 (1965), 1 ff (27); Henke, Die freie Willensbestimmung des Menschen, in: Lawin/Huth (hg.), Grenzen, 1982, S. 7 ff; Kohlhaas, Bringt die geplante Neuregelung des ärztlichen Heileingriffes im neuen Strafgesetzentwurf den Ärzten wirklich Vorteile? in: Dtsch. Med. Wschr. 87 (1962), 2593 ff (2595); Ders., Elterliche Ablehnung der Operationseinwilligung trotz Notwendigkeit zur Lebenserhaltung des Kindes, in: Dtsch. Med. Wschr. 90 (1965), 46 ff (46 f); Ders., Lebenserhaltungspflicht des Arztes im Konflikt mit den Wünschen des Patienten, in: Dtsch. Med. Wschr. 90 (1965), 318 ff (319); Spann/Liebhardt/Braun, Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Willensfreiheit des Patienten, in: Festschrift für P. Bockelmann, 1979, 487 ff (493); ferner ablehnende Anmerkungen zum BVerfG aaO von Dreher (JR 1972, 342 ff) und Händel (NJW 1972, 327 f); Kreuzer, Anmerkung zu OLG Hamm, in: NJW 1968, 1201 f; wohl auch Wöbker, Dissertation, S. 72.

Ein anschaulicher Fall zur Problematik der Bluttransfusionsverweigerung aus Gewissensgründen findet sich bei Ebert, JuS 1976, 319 ff

34) Vor Erlaß des Strafvollzugsgesetzes vom 16. März 1976 wurde die Zwangsernährung von Untersuchungsgefangenen, die als Grundrechtseingriff einer gesetzlichen Grundlage bedarf, hauptsächlich

Dabei kann dahinstehen, inwieweit es sich hierbei um nichterhebliche Eingriffe handelt. Denn jene Ausklammerung erfolgt im Hinblick auf die spezifische Situation solcher "Patienten", die in einem sog. "besonderen Ge-

---

Fortsetzung Fußnote 34)

auf § 119 III StPO gestützt, wobei die Landesgesetze über die Anwendung unmittelbaren Zwanges ergänzend herangezogen wurden; jedoch war diese Konzeption nicht unstrittig.

Seit Inkrafttreten dieses Gesetzes nun regelt dessen § 101 die Zulässigkeit bzw. Verpflichtung zur Zwangsernährung bundeseinheitlich; doch wird diese Vorschrift teilweise für verfehlt und reformierungsbedürftig gehalten; so etwa Nöldeke/Weichbrodt, Hungerstreik und Zwangsernährung - Muß § 101 Strafvollzugsgesetz reformiert werden? in: NStZ 1981, 281 ff.

Zur Diskussion vergleiche aus der **Rechtsprechung:** LG München I, NJW 1968, 2303; OLG Hamburg, JR 1974, 389 f mit Anmerkung Kohlhaas.

Aus dem **juristischen Schrifttum:** Ausführlich die Kommentierung von Dünnebier, in: Löwe/Rosenberg, StPO Großkommentar, § 119 Rdnrn. 160 ff; ferner: Amelung, Die Einwilligung des Unfreien, in: ZStW 95 (1983), S. 1 ff; Arndt/v. Olshausen, Grenzen staatlicher Zwangsbefugnisse gegenüber Untersuchungshäftlingen, in: JuS 1975, 143 ff; Baumann, Fehlende Rechtsgrundlage bei ärztlicher Zwangsvbehandlung Untergebrachter, in: NJW 1980, 1873 ff; Ders., Zwangsweise Lebenserhaltung im Strafvollzug, in: ZRP 1978, 35 f; Böhm, Nochmals: Grenzen staatlicher Zwangsbefugnisse gegenüber Untersuchungshäftlingen, in: JuS 1975, 287 ff; Brühl, Ärztliche Zwangsmaßnahmen im Strafvollzug, in: Fortschritte der Medizin 97 (1979), S. 1143 ff; Kühne, Strafrechtliche Aspekte der Suicid-Abwendung in Strafanstalten, in: NJW 1975, 671 ff; Linck, Zwangsernährung von Untersuchungsgefangenen, in: NJW 1975, 18 ff; Ders., Rechtsprobleme bei der Zwangsernährung, in: MDR 1975, 714 ff; Siegmund-Schultze, Die Rechtspflicht des Arztes zur Zwangsbehandlung eines Patienten, in: Arztrecht 1976, S. 37 ff (39 ff); Geppert, Freiheit und Zwang im Strafvollzug, 1976; Herzberg, Zur Strafbarkeit, in: ZStW 91 (1979), 557 ff; Wagner, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975, S. 138 ff; Weis, Freitod in Unfreiheit, in: ZRP 1975, 83 ff.

waltverhältnis" zum Staate stehen 35). Hier sind möglicherweise spezielle Maßstäbe anzulegen 36); so wird beispielsweise diskutiert, ob und in welchem Umfang die sozialstaatliche Fürsorgepflicht das Recht des Gefangenen auf Selbstverfügung über Leib und Leben einschränken kann 37). Dies mag jedoch dahinstehen; denn jedenfalls würde eine Einbeziehung auch dieses Problems den Rahmen der Arbeit sprengen.

III. Nichtbehandlung der Schuldfrage

Schließlich ist auch auf die Frage, ob und wie weit den Arzt bei eigenmächtigen gravierenden Operationen in

---

Fortsetzung Fußnote 34)

Aus der **medizinischen Literatur:** Husen, Hungerstreik im Justizvollzug, in: ZRP 1977, 289 ff; Simon, Zwangsernährung von Häftlingen, in: Deutsches Ärzteblatt 1975, S. 2124 f; vergleiche auch die "Entschließungen des 84. Deutschen Ärztetages, Mai 1981, Trier" (hg. von der Bundesärztekammer, Köln), in denen ausdrücklich eine Aufforderung an den Bundesgesetzgeber ergeht, § 101 StVollzG dahingehend zu ändern, daß künftig kein Arzt dazu gezwungen werden kann, Zwangsbehandlungen oder Zwangsernährungen an Menschen durchzuführen

35) Nach der zutreffenden Judikatur des BVerfG (BVerfG E 33, 1 ff) bedeutet diese Rechtsfigur zwar keine Einschränkung gegenüber dem öffentlichrechtlichen Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in die Rechte des Bürgers. Die Existenz eines solchen hoheitlichen Freiheitsentzuges indes fordert möglicherweise eigenständige Kriterien bei der Beurteilung der Frage von Zwangsbehandlungen

36) Als zusätlicher Gesichtspunkt, die ins Gewicht fallen können, seien genannt u.a. der "Haftzweck" sowie die "Ordnung in der Vollzugsanstalt"; vgl. Löwe/Rosenberg/Dünnebier, StPO-Großkommentar, § 119 Rdnr. 168

37) Calliess/Müller-Dietz, StVollzG, § 101 Rdnr. 1; Arndt/v. Olshausen, JuS 1975, 143 ff (146)

vitaler Indikation ein strafrechtlicher Schuldvorwurf treffen kann, im Rahmen dieser Erörterungen nicht einzugehen.

Zum einen nämlich erscheint die Problematik der Straftatbestandsmäßigkeit solcher Operationen als Körperverletzung sowie ihrer Rechtswidrigkeit schon umfassend genug. Eine Bearbeitung auch der Schuldfrage würde die Klärung zusätzlicher Probleme bedingen.
-So namentlich die Frage des Verbotsirrtums und seiner Vermeidbarkeit **38)**; den Problemkreis des sog. "übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes" **39)**, der sich berührt mit der von Bockelmann aufgeworfenen Frage, ob sich das Recht anmaßen dürfe, einen Schuldvorwurf zu erheben, wenn es sich um eine nicht eindeutig entscheidbare Gewissensfrage handelt **40)**. -
Die Einbeziehung auch dieser Fragen würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen.

Zum anderen ist aber eine derartige Themeneingrenzung auch sachgerecht. Denn es geht dieser Untersuchung

---

38) Angedeutet etwa von Kromer, Die strafrechtliche Problematik der Selbsttötung, 1969, S. 302

39) Allgemein zu dieser Rechtsfigur etwa: Jescheck, Lehrbuch, S. 405 ff; Schmidhäuser, Strafrecht AT, Kap. 11 Rdnrn. 32 ff; Baumann, Lehrbuch, S. 479 f; Maurach/Zipf, Strafrecht AT-1, S. 469; Schönke/Schröder/Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff Rdnrn. 115 ff m.w.N.

Zur Entschuldigung des Arztes unter diesem Gesichtspunkt vgl. ausführlich v. Dellingshausen, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes, 1981, S. 337 ff

40) Bockelmann, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: NJW 1961, S. 945 ff (950)

nicht um die Frage rein subjektiver Vorwerfbarkeit, sondern darum, was der Arzt darf und was mit Strafe bedrohtes Verhalten ist.

IV. Einbeziehung von zivilrechtlichen Äußerungen und Stellungnahmen aus dem Bereich der Medizin

Gegenstand dieser Arbeit ist zwar allein die strafrechtliche Beurteilung des behandelten Themas. Gleichwohl erscheint es aber sachgerecht, auch **zivilrechtliche** Stellungnahmen zu berücksichtigen, wenn auch ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Erstens nämlich mögen sich in solchen Beiträgen wichtige und verallgemeinerungsfähige Gesichtpunkte finden. Und zweitens ergibt das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung **41)**, daß nicht bei Strafe verboten sein kann, was das Zivilrecht erlaubt **42)**.

---

41) Dazu grundlegend Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; ferner Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, § 5, S. 89-102

42) Daß nicht strafrechtswidrig, also Strafunrecht, sein kann, was nach Zivilrecht bzw. öffentlichem Recht erlaubt ist, wird allgemein anerkannt (vgl. nur Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt, 1977, S. 235 f; Samson, in: SK, I, 3. Aufl. 1981, Vor § 32 Rdnr. 19; Baumann, Lehrbuch, S. 270 f; Jescheck, Lehrbuch, S. 262; Maurach/Zipf, AT-1, S. 364 f; Welzel, Lehrbuch, S. 52; Wessels, AT, 11. Aufl. 1981, S. 67). Das Strafunrecht erfaßt nämlich gemäß der Natur des Kriminalrechts als "ultima ratio" im System staatlicher Sozialkontrolle (BVerfG E 39, 1 ff, 47) nur solche Verstöße gegen Verbote und Gebote der Rechtsordnung, die unter dem Gesichtspunkt der Strafwürdigkeit "gesteigertes Unrecht" darstellen, woraus folgt: Was Zivilrecht oder öffentliches Recht erlauben, kann keineswegs gesteigertes, sogar strafrechtlich zu mißbilligendes Unrecht, d.h. Strafunrecht sein (vgl. die soeben angeführten Nachweise). Im Folgenden soll dort, wo von Rechtfertigung und Rechtfertigungsgründen die Rede ist, stets die Erlaubtheit der Tat gemeint sein (vgl. dazu ausführlich Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983)

Schließlich sollen auch Stellungnahmen aus dem Bereich der **Medizin** 43) Berücksichtigung finden, und zwar aus den folgenden Erwägungen:

Einmal im Sinne des "audiatur et altera pars": Wer sich mit der strafrechtlichen Würdigung der Problematik eigenmächtiger Heilbehandlung bei vitaler Indikation befaßt, schuldet den Medizinern, denen er gegebenenfalls den Vorwurf straftatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Verhaltens zu machen hat, ein Eingehen auf ihren Standpunkt und die Gründe dafür.

Zum anderen verlangen die Gesichtpunkte der **Praxisnähe** und der Notwendigkeit, soweit möglich alle Aspekte unseres Themas zu verwerten, daß man sich mit jenen medizinischen Stellungnahmen auseinandersetzt 44).

---

43) Ganz vereinzelt werden auch theologische und philosophische Beiträge eingearbeitet

44) Mit Recht stellt Geilen (Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, in: FamRZ 1968, 121 ff, 125) fest, der Tod eines Menschen sei eine "viel zu ernste Sache, als daß man ihn allein den Medizinern" überlassen dürfe. Aber auch eine Würdigung des Problems ausschließlich aus juristischer Sicht muß sich als isolierte Betrachtung den Vorwurf der Einseitigkeit gefallen lassen. Nur in Synopse mit Argumenten und Beiträgen auch aus anderen Wissenschaftsbereichen läßt sich eine angemessene und akzeptable Lösung erarbeiten.

§ 3 Verlauf der Untersuchung

Im Anschluß an die Darlegungen zur näheren Begrenzung unseres Themas sei noch der Gang der folgenden Erörterungen vorgezeichnet:

Im Ersten Teil der Arbeit wird die Frage der **Straftatbestandsmäßigkeit** eigenmächtiger ärztlicher Operationen bei vitaler Indikation erörtert. Resultat dieser Überlegungen ist die Feststellung, daß jedenfalls der schwerwiegende ärztliche Eingriff, um den es hier ausschließlich geht, den Straftatbestand der Körperverletzung gemäß §§ 223 ff StGB erfüllt.

Der Zweite und Dritte Teil der Untersuchung befassen sich anschließend mit dem Problem der **Rechtfertigung** dieses straftatbestandsmäßigen Verhaltens.

Dabei behandelt der Zweite Teil die Problematik rechtfertigender Einwilligung. Dies mag zunächst überraschen, da es beim Thema der vorliegenden Arbeit gerade um Situationen versagter Einwilligung geht. Indes ist eine solche Auseinandersetzung mit dem Problemkreis der Einwilligung hier aus den folgenden Gründen unverzichtbar: Unsere Untersuchungen kommen nämlich im Dritten Teil zu dem Ergebnis, daß dort, wo es an der rechtfertigenden Einwilligung fehlt, nicht ohne weiteres auf sonstige Rechtfertigungsgründe rekurriert werden kann, sondern daß grundsätzlich im Falle ausdrücklicher und ernstlicher Verweigerung der Einwilligung eine Rechtfertigungssperre, d.h. der Ausschluß des Rückgriffs auf sonstige Erlaubnissätze, anzunehmen ist. Die Einwilligungsverweigerung kann aber, wie sich zeigen wird, als solche Rechtfertigungssperre prinzipiell nur

dann in Betracht kommen, wenn eine Einwilligung des Patienten nach den für diese entwickelten Maßstäben wirksam gewesen wäre: Nur der Patient, der eine wirksame Einwilligung erklären könnte, kann umgekehrt durch wirksame Einwilligungsverweigerung den Rekurs des Arztes auf mutmaßliche Einwilligung und rechtfertigenden Notstand ausschließen. Wer also die Situation der Operationsverweigerung bei vitaler Indikation - und sie ist der eigentliche Kern unseres Themas - richtig bewerten will, muß sich vorher über die Problematik rechtfertigender Einwilligung bei ärztlichen Heileingriffen Klarheit verschafft haben.

Der Dritte Teil untersucht die Frage der Rechtfertigung durch andere Rechtfertigungsgründe als die Einwilligung und bildet den **Schwerpunkt** der Erörterungen. Zunächst werden einleitend die Rechtfertigungsgründe dargelegt, auf die es bei der Lösung der Ausgangsfrage maßgeblich ankommt; dies sind im wesentlichen **mutmaßliche Einwilligung** und **rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB).** Nach einer kurzen Darstellung der Rechtslage bei bloß fehlender Einwilligung werden Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Einwilligungsverweigerung bei lebensnotwendigen gravierenden Operationen diskutiert, wobei auch die Weigerung eines urteilsfähigen Minderjährigen berücksichtigt wird.

Schließlich wird in einem Vierten Teil der Erörterungen ein **Sonderproblem** behandelt: Es wird die Frage untersucht, ob zwischen dem von der höchstrichterlichen Rechtsprechung einerseits geforderten strafrechtlichen Gebot ärztlicher Suizidverhinderung und dem andererseits ausgesprochenen Verbot lebensnotwendiger Operationen bei verweigerter Einwilligung ein Widerspruch besteht. Dabei wird versucht werden, zu zeigen, daß diese Rechtsprechung bei differenzierter Betrachtung rechtssystematisch und -dogmatisch zu begründen ist.

Erster Teil: Die eigenmächtige Operation als straftatbestandsmäßige Körperverletzung selbst bei Lebensgefahr

§ 1 Standpunkt der Rechtsprechung

I. Strafgerichte

Die ordentlichen Gerichte in Strafsachen gehen in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß der ärztliche Heileingriff 45), der - rein äußerlich betrachtet - die körperliche Integrität des Betroffenen mehr als nur ganz unerheblich 46) beeinträchtigt, den Straftatbestand einer Körperverletzung nach §§ 223 ff StGB verwirklicht 47). Diese Einordnung als Körperverletzung betrifft zunächst ganz allgemein jede ärztliche Maßnahme ohne Rücksicht auf ihre Intensität 48), wobei allerdings völlig unerhebliche Beeinträchtigungen nicht berücksichtigt werden 49). Weiterhin erfaßt diese Rechtsprechung aber qua

---

45) Ein verdienstvoller, auch die Antike berücksichtigender historischer Abriß justizieller Begutachtung ärztlicher Tätigkeit, vor allem in lebensbedrohlichen Situationen, findet sich bei Schadewaldt, Der Arzt vor der Frage von Leben und Tod, in: Klinische Wochenschrift 47 (1969), S. 557 ff

46) BGH St 14, 269 ff (269, 271); BGH NJW 1953, 1440 (1440)

47) Die grundlegende Entscheidung, mit der diese ständige Rechtsprechung eingeleitet wurde, bildete RG St 25, 375 ff (377 ff); vgl. auch Schönke/Schröder/Eser, § 223 StGB Rdnr. 29

48) RG St 38, 34 ff (35): Herausnahme der Mandeln; RG St 74, 91 ff (92): Schmerzhafte Massagehandlungen am Geschlechtsteil der leidenden Frau; BGH St 12, 379 ff (382 f): Blinddarmentfernung; BGH St 16, 309 ff (310 f); BGH NJW 1978, 1206 (1206): Zahnextraktion; OLG Hamm MDR 1963, 520 f (520 f): Entfernung eines Eierstocks und Eileiters; LG München I NJW 1968, 2303 (2303): Probeweise Gewebsentnahme bei Knochensarkom; OLG Hamburg NJW 1975, 603 f (604): Hautoperation

49) BGH St 14, 269 ff (271)

argumentum a maiore ad minus erst recht die hier zu behandelnden schwerwiegenden Eingriffe wie etwa Resektionen, Amputationen etc. 50). Die Tatsache, daß eine Operation durch vorhandene Lebensgefahr medizinisch geboten war, spielt dabei für ihre Qualifikation als Straftatbestand keine Rolle 51).

Zur Begründung dieses Standpunktes verweist das Reichsgericht 52) zunächst auf die Entstehungsgeschichte der Körperverletzungstatbestände. Anstelle der früheren, einheitlicheren Formulierung in § 187 des Preussischen Strafgesetzbuches - "Verletzung des Körpers" - enthalte der heutige § 223 StGB die beiden Alternativen "Körperliche Mißhandlung" und "Gesundheitsbeschädigung", von denen die erste jede unmittelbare und physische Einwirkung auf den körperlichen Organismus erfasse 53). Auch ein Heilerfolg könne daher an der primären Verletzung des geschützten Rechtsgutes nichts ändern 54).

---

50) Vgl. zum Beispiel die Entscheidungen: RG St 25, 375 ff (376 ff), betreffend die Amputation eines Fußes zur Verhinderung der Ausbreitung einer Tuberkuloseinfektion; BGH JZ 1964, 231 f

51) Vgl. insbesondere RG St 25, 375 ff (376); BGH St 11, 111 ff (113 f); BGH JZ 1964, 231 f (231 f)

52) Dieser Auffassung schließt sich BGH St 11, 111 ff (112) kommentarlos an, "ohne daß sich das Gericht veranlaßt sieht, die im Schrifttum hiergegen geltend gemachten Einwände zu erörtern"

53) RG St 25, 375 ff (378); dagegen räumt RG St 61, 242 ff (246) die Vertretbarkeit der Gegenansicht ausdrücklich ein

54) Zusammenfassende Darstellungen der Auffassung der Rechtsprechung bringen Hirsch, LK, 10. Aufl. 1981, vor § 223 StGB Rdnr. 3; Krauß, in: Jung/Schreiber (hg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, 1981, S. 141 ff (144)

II. Zivilgerichte

Die Entscheidungen der Zivilgerichtsbarkeit enthalten keine wesentlich andere Beurteilung des Problems. Nach gefestigter Zivilrechtsprechung erfüllt jeder - auch der sachgerechte, medizinisch notwendige und lege artis ausgeführte - Heileingriff den objektiven Deliktstatbestand einer Körperverletzung gemäß § 823 Abs. 1 BGB. Der Arzt haftet aus unerlaubter Handlung unabhängig vom Vorliegen eines Kunstfehlers bei eigenmächtiger Behandlung 55), da der operative Eingriff als solcher das absolut geschützte Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit tangiert. Die Einwilligung des Betroffenen ist grundsätzlich erforderlich, um die Widerrechtlichkeit zu beseitigen.
In Übereinstimmung mit der Strafrechtsprechung werden dabei die Entscheidungen der Zivilgerichte in der Frage der Körperverletzungsqualität ärztlicher Eingriffe von Intensität und Ausmaß der Operation nicht beeinflußt 56). Auch auf die Frage, ob die Operation zur Lebenserhaltung ärztlicherseits geboten war, kommt es nach der Ziviljudikatur für die Verwirklichung des De-

---

55) Vgl. die Darstellung der Zivilrechtsprechung zur ärztlichen Eigenmacht in MünchKomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 370

56) Zu ärztlichen Maßnahmen von primär relativ geringer Gravität vergleiche: Eigenmächtige Injektionen RG Z 151, 349 ff (351 f); RG Z 168, 206 ff (210); BGH NJW 1980, 1903 f (1930 f); Verweigerung der Einnahme eines Medikaments BGH VersR 1954, 98 ff (99); Strahlenbehandlung BGH Z 29, 176 ff (179 f).

Als schwerwiegender wird man bereits die folgenden Therapien bezeichnen müssen: Elektroschockbehandlungen waren Gegenstand mehrerer Urteile, nämlich BGH NJW 1956, 1106 (1107) (= BGH Z 7, 198 ff = VersR 1954, 469 ff); BGH Z 29, 46 ff (49 f) (= NJW 1959, 811 ff); BGH NJW 1966, 1855 f; Extraktion eines Zahnes: LG Hannover NJW 1981, 1320 ff; Hautoperation im Fersenbereich BGH NJW 1981, 633 f; Kniescheibenoperation OLG Köln NJW 1978, 1690.

liktstatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB nicht an 57).

III. Fehlen von Entscheidungen ärztlicher Berufsgerichte

In der Kasuistik berufsgerichtlicher Verfahren schließlich tauchen Fälle lebensnotwendiger Operationen bei entgegenstehendem Willen des Patienten **nicht** auf 58).
Das liegt zum einen daran, daß die ärztlichen Berufsgerichte 59) regelmäßig nur solche Verstöße gegen die ärztliche Berufsordnung ahnden, die Gegenstand nicht auch von Strafverfahren sind. Die strafrechtliche Würdi-

---

Fortsetzung Fußnote 56)

Ganz erhebliche Eingriffe schließlich stellen dar: Eigenmächtige Schulteroperation RG Z 68, 431 ff (433 f); Brustamputation RG Z 163, 129 ff (131); Entfernung der Schilddrüse BGH Z 29, 33 ff (35 ff) und BGH VersR 1980, 428 f (429); Totalentfernung von Eileitern, Eierstöcken und Gebärmutter LG Düsseldorf NJW 1961, 2064 f (2064) und BGH VersR 1967, 495 f (495); Kleinhirnarteriographie durch Punktion der "arteria vertebralis" BGH NJW 1971, 1887 f (1887).

Umfangreiche Zusammenstellungen der zivilrechtlichen Entscheidungen zum Heileingriff bringen etwa: MünchKomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 370 ff; Staudinger/Schäfer, 10./11. Aufl. 1975, § 823 BGB Rdnrn. 11, 307; Soergel/Zeuner, 10. Aufl. 1969, § 823 BGB Rdnr. 16; Erman/Drees, 7. Aufl. 1981, § 823 BGB Rdnrn. 13 ff

57) Vgl. BGH VersR 1959, 319 f (320); OLG Karlsruhe VersR 1978, 769 f (770); lediglich ein "obiter dictum" zu Fällen vitaler Indikation bringen BGH NJW 1966, 1855 f (1856); LG Düsseldorf NJW 1961, 2064 f (2065); OLG Hamm VersR 1981, 686 ff (687)

58) Laut schriftlicher Auskunft der Justitiare der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Bundesärztekammer vom 23. 7. 1981 sowie des Verbandes der leitenden Krankenhausärzte Deutschlands vom 5. 8. 1981

59) Frühere Bezeichnung: "Ärztliche Ehrengerichte"

gung einer eigenmächtigen Operation schließt vielmehr regelmäßig ein anschließendes berufsgerichtliches Verfahren aus, weil es im Sinne des berufsgerichtlichen Verfahrensrechts an einer notwendigen "Überhangtat" als Voraussetzung für ein berufsgerichtliches Verfahren fehlt.

Andererseits ist aber auch der Sache nach eine berufsgerichtliche Verurteilung des Arztes wegen eigenmächtiger Lebensrettung kaum vorstellbar. Denn die ärztlichen Berufsgerichte überwachen lediglich die Einhaltung der Berufsordnung für die deutschen Ärzte. Diese stellt in § 1 Abs. 2 fest, es sei "Aufgabe des Arztes, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen sowie Leiden zu lindern." Hier ist wiedergegeben, was sich bereits im hippokratischen Eid ausdrückt: eine ärztliche Standesethik, welche als Ziel ärztlicher Bemühungen das aus medizinischer Sicht verobjektivierte Wohl des Patienten beschreibt. So verletzt eine lebensnotwendige Operation trotz verweigerter Einwilligung ärztliches Standesrecht nicht. Dagegen kann umgekehrt leichtfertiges Unterlassen medizinisch gebotener ärztlicher Maßnahmen gegen § 1 Abs. 2 der Berufsordnung verstoßen und deshalb berufsgerichtlich zu ahnden sein **60)**.

Aus den dargelegten Gründen sind auch - soweit ersichtlich - Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung **61)** mit der vorliegenden Problematik nicht befaßt **62)**.

---

60) Luyken u.a. (hg.), Sammlung von Entscheidungen der Berufsgerichte für die Heilberufe, Loseblattsammlung, Köln 1983, Entscheidungen Nrn. 1.7.-1.9. Zwar betreffen diese Entscheidungen keine Fälle, in denen der Arzt den behandlungsverweigernden Willen des Patienten beachtet hätte; so gelagerte Fälle sind indes durchaus denkbar

61) Dies sind beispielsweise Gutachter - und Schlichtungsstellen

62) Vgl. Matthies, Schiedsinstanzen, 1984, S. 180: Bereits die Zuständigkeit der Schlichtungsstellen ist fraglich

§ 2 Stellungnahme des Schrifttums

I. Strafrechtslehre

1. Ablehnung der Judikatur

Da hier nur lebensnotwendige gravierende Eingriffe betrachtet werden und diese stets medizinisch indiziert sind, soll im Folgenden die Stellungnahme der Literatur nur insoweit dargestellt werden, als sie diesen Bereich betrifft 63).

Medizinisch indizierte Heileingriffe 64) werden teilweise - unabhängig von ihrem Gelingen - nicht als Körperver-

---

63) Nicht medizinisch indizierte Eingriffe werden, soweit der Heilzweck nicht im Vordergrund steht, auch von der Strafrechtslehre als straftatbestandsmäßige Körperverletzungen behandelt; vgl. etwa Schönke/Schröder/Eser, § 223 StGB Rdnrn. 34, 50 m.w.N.; Eser, Strafrecht III, 7 A 12; Horn, in: SK, § 226 a Rdnr. 20; Maurach/Schroeder, Strafrecht BT-1, § 8 II 5 a, S. 87; Wessels, BT-1, § 6 I 2, S. 50; Blei, Strafrecht II, S. 60 f; Jescheck, Lehrbuch, S. 299 a.E. bei Fußnote 4; ausführlich Hirsch, in: LK, § 226 a Rdnr. 44; beachte auch die Stellungnahmen zum sog. Zahnextraktionsfall (BGH NJW 1978, 1206), etwa von Bichlmeier, JZ 1980, 53 ff; Hruschka, JR 1978, 519 ff; Horn, JuS 1979, 29 ff; Rogall, NJW 1978, 2344 f; Rüping, Jura 1979, 90 ff; Sonnen, JA 1978, 466 f

64) Zur Verwendung des Terminus "ärztlicher Heileingriff" für medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte ärztliche Maßnahmen vgl. etwa Schmidt, Eberhard, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 69 f; Bichlmeier, JZ 1980, S. 53 bei Fußnote 6 m.w.N.; Schönke/Schröder/Eser, § 223 StGB Rdnrn. 34 f

letzungen bewertet 65). Es komme allein auf die Heilungstendenz ärztlicher Tätigkeit, nicht dagegen auf ihren Erfolg an. Sozialadäquates Verhalten lasse sich nicht unter einen Straftatbestand subsumieren. Im übrigen müsse eine Körperverletzung als "Körperinteressenverletzung" verstanden werden. Heileingriffe liefen körperlichen Interessen nicht zuwider, sondern seien diesen gerade dienlich.
Nach dieser Ansicht kommt der Intensität des Eingriffs keine Bedeutung zu. Auch schwerwiegende operative Eingriffe scheiden danach schon tatbestandlich als Körperverletzungen aus.

Zur Begründung dieser Auffassung werden verschiedene Argumente vorgebracht:

---

65) Grundlegend wohl Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, in: ZStW 58 (1939), 1 ff (5,7); Ders., Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, 1958, S. 20; im Anschluß an ihn Schmidt, Eberhard, Arzt im Strafrecht, 1939, S. 69 ff; Ders., in: JR 1958, 226 f; Kohlrausch/Lange, § 223 Anm. III A; Welzel, Lehrbuch, § 39 I 3 a; Blei, Strafrecht II, § 14 IV, S. 57 ff; Grünwald, ZStW 73 (1961), S. 5 ff (9); Ders., in: Göppinger (hg.), Arzt und Recht 1966, S. 125 ff (136 ff); Niese, Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, in: Festschrift für Schmidt, Eberhard, 1971, S. 364 ff (367 ff); Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, in: ZStW 77 (1965), S. 1 ff (23); für die Schweiz Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht I, S. 59; ausführlich Hirsch, in: LK, 10. Aufl., 26. Lfg. 1981, Vor § 223 StGB Rdnrn. 5 f m.w.N.; Ders., Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, in: ZStW 74 (1962), S. 78 ff (101 ff)

Eine neuere Darstellung findet sich bei Eser, Strafrecht III, 2. Aufl., 1981, 7 A 7, S. 90 sowie bei Demselben, in: Schönke/Schröder, § 223 StGB Rdnr. 30

Zunächst wird darauf hingewiesen, der heilend eingreifende Arzt **miß**handele den Patienten nicht, sondern er **be**handele ihn 66); es sei deshalb unvereinbar mit dem Sprachgebrauch, einen nützlichen Eingriff als "Mißhandlung" zu bezeichnen 67).

Andere Stimmen 68) heben in diesem Zusammenhang hervor, beide Alternativen des § 223 StGB müßten aufeinander bezogen und als gleichwertige Teile der Körperverletzung einheitlich betrachtet werden. Eine die Gesundheit wiederherstellende Operation, die offensichtlich keine Gesundheitsbeschädigung sei, könne deswegen auch die andere Alternative der Körperverletzung nicht verwirklichen.

Weiter wird geltend gemacht, die Auffassung der Rechtsprechung verstoße gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG normierte Analogieverbot 69).

---

66) Stooss, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 1898, S. 6

67) Stooss, aaO S. 20

68) Etwa Schröder, Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 1960, in: NJW 1961, 951 ff (952)

69) So insbesondere Wilts, MDR 1970, S. 972, der diesen Verfassungsverstoß begriffsdogmatisch begründet; Hagedorn (zitiert nach Wilts, MDR 1970, S. 972 Fußnote 1, 2); im Ergebnis ebenso für eine Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG, wenn auch mit abweichender Begründung: ausdrücklich Bockelmann, Der ärztliche Heileingriff, in: ZStW 93 (1981), S. 105 ff (114 a.E.) und Hirsch, in: LK, Vor § 223, Rdnr. 6 a.E.; sinngemäß auch Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, in: ZStW 77 (1965), S. 1 ff (24) und Grünwald, in: Göppinger (hg.), Arzt und Recht, 1966, S. 125 ff (138)

Ferner beklagt man, eine so verstandene Einordnung des ärztlichen Heileingriffs sei unsystematisch. Denn einmal werde in das von § 223 StGB geschützte Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit bereits deshalb nicht eingegriffen, weil der Kranke - insbesondere bei Lebensgefahr - kein Unversehrter, sondern ein körperlich Versehrter sei und es gerade darum gehe, seine Unversehrtheit wiederherzustellen 70).

Außerdem wird angeführt, der Unrechtsgehalt einer eigenmächtigen Heilbehandlung entspreche nicht dem einer Körperverletzung. Denn nicht der Körper des Patienten werde bei einer eigenmächtigen Operation beeinträchtigt, sondern seine Verfügungsbefugnis 71). Eigenmächtige Operationen seien ausschließlich und in ausreichendem Maße von den §§ 239, 240 StGB geschützt 72).

---

70) Vgl. Engisch, Die rechtliche Beurteilung, in: Heidelberger Jahrbücher, Bd. IV, 1960, S. 47 ff (56); Barnikel, Probleme des Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Zivil- und Strafrecht, in: Medizinische Welt 24 (1973), S. 838 ff (838); Grünwald, in: Göppinger (hg.), Arzt und Recht, 1966, S. 136 f; ähnlich Schmidhäuser, Lehrbuch, Kap. 8 Rdnr. 121, der zwar einräumt, daß Eingriffe die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigen, aber dennoch das Rechtsgut der §§ 223 ff StGB nicht für verletzt hält, da die Nachteile einer Unterlassung des Eingriffs schwerer ins Gewicht fielen als der Eingriff selbst. Dies kommt einer Gesamtsaldierung nahe

71) Besonders Hirsch, in: LK, 10. Aufl., Vor § 223 StGB Rdnr. 3 a.E.: Wilts, MDR 1970, S. 972; Müller, in: Saarländ. Ärzteblatt 24 (1971), S. 559; wohl auch Eser, Strafrecht III, 7 A 4; differenzierend Blei, Strafrecht II, § 14 IV 1 a) bis c); a.A. mit guten Gründen Baumann, Körperverletzung oder Freiheitsdelikt?, in: NJW 1958, 2092 ff (2093)

72) So schon früher Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, 1892, S. 21

Man wirft der Rechtsprechung weiter vor, sie erreiche ihr Ergebnis nur, indem sie punktuell auf den einzelnen den Körper versehrenden Teilakt - etwa Öffnung der Bauchdecke zur Vornahme einer Blinddarmentfernung - abstelle. Richtigerweise sei nämlich auf den Gesamtakt der Operation zu rekurrieren; dann zeige sich deutlich, daß ein erfolgreicher Eingriff nicht als Körperverletzung gewertet werden könne **73)**. Denn es erblicke ja auch niemand in der erfolgreichen Reparatur einer Uhr eine Sachbeschädigung, nur weil der Uhrmacher sie zu diesem Zwecke vorher auseinandernehme **74)**.

Überdies halten die Gegner der Judikatur dieser vor, ihrer Auffassung führe zu unvertretbaren Ergebnissen. Nach der Systematik des Strafgesetzbuches nämlich bilde § 223 StGB den Grundtatbestand. Qualifizierende Tatbestände enthielten die §§ 223 a, 224, 225 StGB **75)**.

---

73) Vgl. insbesondere Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1068, S. 66; Ders., Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, in: JZ 1962, 525 ff (527); Eser, Strafrecht III, 7 A 4; Ders., in: Schönke/Schröder, § 223 StGB Rdnr. 29; Bichlmeier, Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, in: JZ 1980, 53 ff (56); auf das finale Element des ärztlichen Eingriffs rekurriert Rogall, in: NJW 1978, 2344 f

74) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 66 bei Fußnote 83; Ders., in: Verhandlungen des 44. DJT, Bd. II, F 4, S. 177; das gleiche Argument bringt Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 1955, S. 89; gegen diese Argumentation überzeugend Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c) S. 185 bei Fußnote 25

75) Vgl. z.B. Hirsch, LK, Vor § 223 StGB Rdnr. 8

Deshalb sei an die Behandlung der ärztlichen Operation als Körperverletzung automatisch und zwingend die Anwendung dieser Qualifikationen gekoppelt 76). Das bedeute bei einem schwerwiegenden Eingriff - etwa einer Amputation - die Verwirklichung des § 225 StGB und als untragbares Ergebnis die Bestrafung des Arztes aus dem Strafrahmen dieser Norm selbst dann, wenn der Eingriff lebensnotwendig 77) war.

Schließlich wird auf folgenden Widerspruch verwiesen: Den Arzt, der einen gebotenen Eingriff versäume, bestrafe die Judikatur wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Körperverletzung, begangen durch Unterlassen 78). Nehme er den Eingriff hingegen vor, so verhalte er sich ebenfalls straftatbestandsmäßig in bezug auf § 223 StGB. Dies sei eine widersinnige und unlogische Konsequenz, die es zu vermeiden gelte 79).

---

76) Bockelmann, Operativer Eingriff, in: JZ 1962, S. 526; Ders., Strafrecht des Arztes, 1968, S. 52; Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963, S. 44; Grünwald, Die Aufklärungspflicht des Arztes, in: ZStW 73 (1961), S. 5 ff (8); Ders., Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Göppinger (hg.), Arzt und Recht, 1966, S. 125 ff (136 bei Fußnote 9); Hardwig, Betrachtungen zur Frage des Heileingriffes, in: GA 1965, 161 ff (170); Wilts, Die ärztliche Heilbehandlung in der Strafrechtsreform (I), in: MDR 1970, 971 ff (972); Hirsch, LK, Vor § 223 StGB Rdnr. 3 a.E.; Wessels, BT-1, § 6 I 2, S. 51

77) Hardwig, GA 1965, 161 ff (170); Wilts, MDR 1970, 971 ff (972)

78) RG St 50, 37 ff (44); 74, 350 ff (350); BGH NJW 1960, 2253 f (2253); BGH NJW 1961, 2068 f (2068)

79) So Bockelmann, JZ 1962, 525 ff; Ders., Strafrecht des Arztes, 1968, S. 67. Bockelmann hält unter Hinweis auf diese Rechtsprechung das genannte Gegenargument für durchschlagend

2. Befürwortung der Judikatur

Andere Autoren hingegen teilen den Standpunkt der Judikatur und kritisieren deren Ablehnung.
Eine Trennung von Verfügungsbefugnis und Rechtsgut **80)** gebe es nicht, da dessen Qualität auch in der Verfügungsfreiheit liege, das Gut also nur wegen der Freiheit uneingeschränkter Dispositon darüber ein Gut sei **81)**.
Ebenso wird mit dem zusätzlichen Hinweis argumentiert, ärztliche Eigenmacht bedeute einen Eingriff in das Grundrecht der körperlichen Integrität **82)**.
Auch der kriminalpolitische Aspekt der Körperverletzungskonstruktion wird betont **83)**. Entgegen verfassungsrechtlicher Verankerung sei die Selbstbestimmung schutzlos, wenn man sie nicht strafrechtlich in § 223 StGB einordne **84)**.

---

80) Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 1955, S. 88 ff; ähnlich Horn, SK, § 223 StGB Rdnrn. 35 ff

81) Arzt/Weber, LH 1, 2. Aufl. 1981 Rdnrn. 272 f, 320; im selben Sinne ferner Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 45 ff; v. Dellingshausen, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes, 1981, S. 50

82) Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c, S. 185; so auch unter subjektiv-individueller Deutung dieses Rechtsgutes Krauß, Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 557 ff (572)

83) Krey, BT - 1, S. 69 f mit ausführlicher Begründung

84) Die Lösung der Rechtsprechung billigen ferner Dreher/Tröndle, § 223 StGB Rdnr. 9 sowie Lackner, § 223 StGB Rdnr. 5 a), jeweils ohne eigene Begründung; vgl. auch Jescheck, Lehrbuch, S. 305

3. Vermittelnde Ansichten

Eine andere Literaturmeinung rekurriert auf den Erfolg und unterscheidet per Saldo zwischen gelungenen und mißlungenen Eingriffen. Im erstgenannten Fall könne man von einer Verletzung körperlicher Interessen nicht sprechen; diese seien allerdings nicht schon aufgrund bloß subjektiver Heilungstendenz gewahrt, wenn der Eingriff mißlinge **85)**.

Eine weitere modifizierende Lösung nimmt an, daß aus dem Straftatbestand der Körperverletzung nur die ärztlichen Eingriffe ausschieden, die einerseits den angestrebten Heilerfolg ausgelöst und dies andererseits ohne wesentlichen Verlust von Körpersubstanz bewirkt haben **86)**.

---

85) In diesem Sinne argumentieren: Bockelmann, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: NJW 1961, 945 ff (947) = Langenbecks Archiv für Chirurgie, Bd. 298, 1961, S. 852 ff (859 f); Ders., Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, in: JZ 1962, 525 ff (528); Ders., Strafrecht des Arztes, 1968, S. 67 ff; Ders., Der ärztliche Heileingriff, in: ZStW 93 (1981), S. 105 ff (124 ff); Maurach/Schoeder, BT - 1, § 8 II 2 und 3, S. 84 ff; Hardwig, GA 1965, 161 f (162 f, 166, 173); Beling, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, in: ZStW 44 (1924), S. 220 ff (225 f, 230); Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, in: ZStW 73 (1961), S. 341 ff (373); wohl auch Niethammer, Lehrbuch, 1950, S. 143 a.E. f; Darstellungen dieser Auffassung bringt Eser, Strafrecht III, 7 A 6 sowie Schönke/Schröder/Eser, § 223 StGB Rdnrn. 32 f

86) Substanzbeeinträchtigungen sind beispielsweise Amputationen von Gliedmaßen, Veränderungen von Körperfunktionen, womit Persönlichkeitsveränderungen einhergehen, und ähnliches; vgl. Schröder, Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 1960, in: NJW 1961, 951 ff (952 f); Ders., in: Schönke/Schröder, 17. Aufl., 1974, § 223 StGB Rdnrn. 8 ff; Eser, Strafrecht III, 7 A 10 ff; Ders., in: Schönke/Schröder, 21. Aufl., 1982, § 223 StGB Rdnrn. 32 ff

II. Zivilrechtslehre

1. Ablehnung der Judikatur

Ein Teil des zivilrechtlichen Schrifttums lehnt die Konzeption der Rechtsprechung ab **87)**.

Der sprachliche Sinn des Wortes "Körperverletzung" - § 823 Abs. 1 BGB nennt im Gegensatz zu den beiden Tatbestandsalternativen des § 223 StGB neutral eine "Verletzung des Körpers" - erfasse auch bei weitem sprachlichem Verständnis nicht ärztliches Handeln. Präoperativ habe der Patient keinen unversehrten, sondern einen versehrten Körper **88)**. Schließlich fehle es für eine Verletzung an der auf "üble, unangemessene Behandlung gerichteten Finalität des Eingriffs" **89)**.

Da sich nun für den Bereich des Zivilrechts im Rahmen der Generalklausel des § 823 Abs. 1 BGB neben der Alternative "Verletzung des Körpers" ein weiteres Tatbestandsmerkmal - das allgemeine Persönlichkeitsrecht - anbietet, wird bisweilen der Kernfrage ausgewichen und hierauf rekurriert **90)**. Freilich übersieht eine solche Lösung, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht einen nicht kodifizierten, durch richterliche Rechtsfortbildung entstandenen Auffangtatbestand bildet und bei Beein-

---

87) Zusammenfassende Darstellungen des Meinungsstandes bringt etwa Staudinger/Schäfer, 10./11. Aufl. 1975, § 823 BGB Rdnr. 12

88) Brügmann, Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, in: NJW 1977, 1473 ff (1474 f)

89) Weyers, Gutachten 1978, S. 20 f bei Fußnote 32 m.w.N.

90) Laufs, Arztrecht, Rdnr. 328; ausführlich zur Kritik an der Körperverletzungskonzeption Ders., NJW 1974, 2025 ff

trächtigung eines der in § 823 Abs. 1 BGB namentlich genannten Rechte stets auch verletzt sein muß **91)**.

2. Befürwortung der Judikatur

Andere gehen mit der Zivilrechtsprechung von der körperverletzenden Qualität ärztlicher Operationen aus **92)**. Denn § 823 Abs. 1 BGB schütze mit der körperlichen Integrität des Patienten zugleich auch seine Selbstbestimmung. Dies zeige deutlich ein Vergleich mit unerwünschten Ausbesserungen an fremdem Eigentum **93)**, die als dessen Verletzung grundsätzlich zu deliktsrechtlicher Haftung führen.

III. Medizinisches Schrifttum

In der medizinischen Literatur stößt die Betrachtungsweise der Gerichte nahezu einhellig auf Widerspruch und Zurückweisung. Die Lehrbücher der Rechtsmedizin wei-

---

91) Besonders Deutsch, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, in: NJW 1979, 1905 ff (1906); ferner Soergel/Siebert/Zeuner, 10. Aufl. 1969, § 823 BGB Rdnr. 16

92) Deutsch, NJW 1965, S. 1989; Ders., Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten, in: NJW 1980, 1305 ff (1306); Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, 12. Aufl. 1981, S. 595; Nüßgens, Zwei Fragen zur zivilrechtlichen Haftung des Arztes, in: Festschrift für F. Hauß, 1978, S. 287 ff (288 f); Soergel/Siebert/Zeuner, aaO Rdnr. 16; Staudinger/Schäfer, aaO Rdnr. 12; Erman/Drees, 7. Aufl. 1981, Bd. 1, § 823 BGB Rdnrn. 13, 116; MünchKomm/Mertens, Bd. 3 Halbbd. 2, § 823 BGB Rdnr. 373

93) Soergel/Siebert/Zeuner und MünchKomm/Mertens aaO

sen darauf hin, daß die Auffassung der Rechtsprechung die Ärzteschaft diskriminiere **94)**. Diese Einschätzung seiner täglichen Arbeit erscheine dem Arzt unverständlich **95)**.

IV. Reformvorschläge zur Einführung eines Straftatbestandes "Eigenmächtige Heilbehandlung"

Erfüllt eine ärztliche Operation keinen Straftatbestand, so kann auch ihre eigenmächtige Ausführung eine Strafbarkeit nicht begründen. Als einschlägiges Strafgesetz kommen neben § 223 StGB nur die §§ 239, 240 StGB in Betracht. Durch das Verbot von Freiheitsberaubung und Nötigung kann aber ein wirksamer strafrechtlicher Schutz gegen ärztliche Eigenmacht nicht in ausreichender Weise gewährleistet werden. Damit besteht eine Strafbarkeitslücke **96)**. Ihre Schließung de lege ferenda strebt die Strafrechtswissenschaft seit langem an. Eine Kodifizierung der Materie ist in der Vergangenheit mit konkreten Änderungsentwürfen vorgeschlagen worden.

---

94) Vgl. etwa Arbab-Zadeh/Prokop/Reimann, Rechtsmedizin, 1977, S. 464, 505; Mueller, Gerichtliche Medizin, 2. Auflage 1975, Bd. 1, S. 212 ff; vgl. dazu insgesamt Carstensen, Das ärztliche und juristische Ermessen als Grundlage chirurgischen Handelns, in: Chirurg 51 (1980), 414 ff

95) Hallermann, Aufklärungspflicht aus medizinischer Sicht, in: Mergen (hg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band II, 1971, S. 44 ff (52); Roemer, Die ärztliche Aufklärungspflicht vom Standpunkt und aus der Erfahrung des Arztes, 1961, S. 5; Leithoff, in: Lebensversicherungsmedizin 1976, 85 ff (85); eingehend zur ärztlichen Haltung Kohlhaas, Medizin und Recht, 1969, S. 110 ff

96) Etwa Bockelmann, JZ 1962, 525 ff (529); Ders., Strafrecht des Arztes, 1968, S. 71; Ders., ZStW 93 (1981), 105 ff (127 f, 137); Wessels, BT-1, § 6 I 2, S. 51 a.E.; vgl. auch Trockel, Der ärztliche Heileingriff, in: Med. Klinik 70 (1975), 1153 ff (1155 ff)

Für ein Sonderdelikt "eigenmächtiger ärztlicher Heilbehandlung" fehlt es in der deutschen Strafrechtsgeschichte an gesetzlichen Vorbildern 97). Es fragt sich, ob etwa in den strafrechtlichen Kodifikationen des deutschsprachigen Auslands Vorbilder für ein solches Delikt zu finden sind, da sie dem besseren Verständnis der Problematik dienen könnten.

1. Vorbilder in anderen europäischen Strafgesetzbüchern

Auch in der Schweiz bestehen zur Frage des strafrechtlichen Rechtscharakters ärztlicher Eingriffe unterschiedliche Auffassungen: Die bundesgerichtliche Praxis ordnet Operationen als Körperverletzung ein 98) die Lehre verweist für ärztliche Eigenmächtigkeiten auf die Freiheitsdelikte (Art. 181, 182) 99). Ein spezieller Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung existiert in der Schweiz nicht 100).

---

97) Frühere Kodifikationen enthielten zwar teilweise ärztliches Sonderstrafrecht, sahen aber eine derartige Strafbestimmung nicht vor:
So etwa Art. 134 der CCC (Constitutio Criminalis Carolina); §§ 199, 200 des StGB für die Preußischen Staaten von 1851; Teil II, 20, § 702 des ALR (Allgemeines Landrecht für Preußischen Staaten von 1794).

Ein historischer Abriß der ärztlichen Eigenmacht findet sich bei Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963, S. 59 ff

98) BG E 99 IV 210

99) Vgl. z.B. Germann, Schweizerisches StGB, 9. Aufl. 1974, Vorbem. Art. 12; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht BT I, 2. Aufl. 1978, S. 59 f

100) Stratenwerth, aaO S. 60

Auch das Strafgesetzbuch der DDR enthält kein ärztliches Sonderstrafrecht **101)**.

In Österreich schließlich ist durch das neue Strafgesetzbuch dem Postulat der Literatur nach einer gesetzlichen Fixierung der eigenmächtigen Heilbehandlung Rechnung getragen worden **102)**. In dem als Privatklagedelikt ausgestalteten § 110 öStGB wird die lege artis durchgeführte Heilbehandlung ohne Einwilligung des Betroffenen unter Strafe gestellt; in Fällen vitaler Indikation tritt allerdings Straflosigkeit ein. Ferner räumt man dem Arzt im Rahmen des Tatbestandes der fahrlässigen Körperverletzung - § 88 öStGB - unter bestimmten Voraussetzungen einen persönlichen Strafausschließungsgrund ein.

2. Die neueren Entwürfe eines Strafgesetzbuches

Bereits seit Anfang dieses Jahrhunderts sind in Deutschland immer wieder Gesetzesvorschläge im Gespräch, die sich zum einen mit der Ausgliederung des Heileingriffs aus den Körperverletzungstatbeständen und zum anderen

---

101) Vgl. Roggemann, Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung der DDR mit Nebengesetzen, 2. Aufl. 1978, S. 41, 102; vgl. auch Maurach, Das neue Strafgesetzbuch der DDR, in: NJW 1968, 913 ff und 1068 ff

102) Vgl. dazu Zipf, Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 öStGB), in: Festschrift für P. Bockelmann, 1979, S. 577 ff; siehe auch Bockelmann, Verlängertes Leben - verkürztes Sterben, in: Wiener Med. Wschr. 126 (1976), S. 145 ff (148)

mit der dann rechtspolitisch notwendigen strafrechtlichen Sanktionierung eigenmächtiger Heileingriffe beschäftigen **103)**.

In neuerer Zeit hat vor allem der Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962 (E 1962) **104)** diesen beiden Anliegen Rechnung getragen. Dieser Entwurf sah vor, in § 161 die Heilbehandlung aus dem Kreis der Körperverletzungsdelikte herauszulösen und in § 162 eigenmächtige Behandlungen zu Heilzwecken strafrechtlich zu sanktionieren **105)**.

---

103) So stellt bereits Stooss, Chirurgische Operation, 1898, S. 28 die Forderung nach einem Sondertatbestand für ärztliche Eigenmächtigkeiten; ausführlich geht Schmidt, Eberhard, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 117 a.E. ff auf die älteren Reformentwürfe ein mit umfangreichen weiteren Nachweisen; vgl. dazu auch Engisch, in: Heidelberger Jahrbücher IV (1960), S. 57, 67; Ders., Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, 1958, S. 20 f; Kohlrausch/Lange, Strafgesetzbuch, 43. Aufl. 1961, § 223 StGB III C; weitere Nachweise bei Kaufmann, ZStW 73 (1961), S. 341 ff (375 Fußnote 111)

104) Dieser dürfte mit dem bei Kaufmann, ZStW 73 (1961), S. 341 ff (375 Fußnote 111) zitierten Entwurf 1960 inhaltlich identisch sein oder doch jedenfalls eine nur geringfügig veränderte Fassung enthalten; nach kritischer Diskussion auf dem 44. Deutschen Juristentag 1962 (vgl. Verhandlungen des 44. DJT, Band II, Tübingen 1964, Teil F, S. 84 ff) nach Referaten von Koffka (Verhandlungen aaO, S. 3 ff) und Bockelmann (Verhandlungen aaO, S. 35 ff) wurden weitere Änderungen an diesem Entwurf vorgeschlagen (Verhandlungen aaO, S. 199)

105) Zur Kritik vgl. Koffka und Bockelmann aaO; Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341 ff (375 ff); dem Entwurf grundsätzlich zustimmend Grünwald, Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Göppinger (hg.), Arzt und Recht, 1966, S. 125 ff (152 ff), der die Strafdrohung in § 162 E 1962 allerdings unter Hinweis auf Strafunwürdigkeit lebensrettender Eigenmacht für zu hoch hält (S. 155 f), sowie ausführlich Wilts, Die ärztliche Heilbehandlung in der Strafrechtsreform (I) und (II), in: MDR 1970, 971 ff und 1971, 4 ff m.w.N.

In der Folgezeit versuchte der Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches von 1970 **106)** mit seinem § 123, die zum E 1962 vorgeschlagenen Verbesserungen im wesentlichen zu berücksichtigen. Er verzichtete auf eine dem § 161 E 1962 entsprechende Regelung **107)** und enthielt prägnantere Tatbestandsmerkmale, um eine präzisere Regelung zu schaffen **108)**.

Weder die früheren noch einen der beiden letztgenannten Entwürfe allerdings hat der Gesetzgeber in das geltende Strafgesetzbuch übernommen **109)**.

---

106) Besonderer Teil, 1. Halbbd. Tübingen 1970

107) So die Begründung des AE, S. 77, 79; dagegen jedoch entschieden Wilts, MDR 1970, 971 ff (973 f) unter Anführung und Entkräftung weiterer Gegenargumente. Wilts meint, ein künftiger Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung müsse einerseits auch nicht kunstgerecht durchgeführte Eingriffe erfassen (S. 975); andererseits bedürfe aber auch eine Ausgliederung von lege artis vorgenommenen ärztlichen Eingriffen aus dem Bereich der Körperverletzung ausdrücklicher gesetzgeberischer Klarstellung (S. 974)

108) So verzichtet § 123 Abs. 1 AE darauf, das Sonderproblem der Einwilligung tatbestandlich näher zu umschreiben (zustimmend unter eingehender Erörterung der Gegenmeinung Wilts, MDR 1971, 4 ff (5)); vgl. dazu etwa Müller, Zur strafrechtlichen Regelung ärztlicher Eigenmacht im sogenannten Alternativ-Entwurf, in: Saarländ. Ärzteblatt 1971, S. 558 ff

109) Zur Kritik daran vgl. etwa Kohlhaas, Bringt die geplante Neuregelung des ärztlichen Heileingriffs im neuen Strafgesetzentwurf den Ärzten wirklich Vorteile? in: Dtsch. Med. Wschr. 87 (1962), 2593 ff (2596), der die Körperverletzungslösung für praktikabler hält; vgl. ferner die Diskussion auf dem 44. Deutschen Juristentag (Verhandlungen des 44. DJT, Bd. II, Tübingen 1964, S. 84 ff) sowie die Ausführungen von Wilts, MDR 1970, 971 ff und MDR 1971, 4 ff m.w.N.

§ 3 **Stellungnahme und Eigene Lösung:** Der schwerwiegende ärztliche Eingriff als straftatbestandsmäßige Körperverletzung selbst bei Lebensgefahr

Im Folgenden soll ausgehend von einer Stellungnahme zur Auffassung der herrschenden Lehre aufgezeigt werden, daß jedenfalls schwerwiegende Operationen den Straftatbestand der §§ 223 ff StGB erfüllen und dies selbst bei Lebensgefahr gilt.

I. Kritik an der herrschenden Lehre

1. Unzureichende Berücksichtigung des durch §§ 223 ff StGB geschützten Rechtsgutes

Die in der Lehre im Rahmen einer "Gesamtsaldierung" auf das Körperinteresse abstellenden Auffassungen führen jedenfalls in den Fällen gravierender Operationen nicht zu einer das geschützte Rechtsgut des § 223 StGB hinreichend berücksichtigenden Lösung.
Mit der Reparatur einer Uhr **110)** läßt sich eine Beinamputation nicht vergleichen. Denn der menschliche Körper ist mit einer handwerklichen Arbeit an Sachen nicht vergleichbar **111)**. Bei ihm dominiert grundsätzlich das Interesse an der Substanzintegrität vor dem bloßen Funktionieren des Organapparates **112)**. Schutzgut der Körperverletzung ist allein die Körperintegrität und nicht nur allgemein ein objektiv verstandenes Körperinteresse **113)**. Nicht der Körper des Patienten hat Interessen,

---

110) Vgl. oben, § 2 I 1, bei Fußnote 74

111) So Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 ff (103) im Widerspruch zu der nunmehr von ihm in LK, Vor § 223 StGB Rdnr. 1 vertretenen Auffassung

112) Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c), S. 185 bei Fußnote 25

113) Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 ff (103 bei Fußnote 99)

sondern der Patient hat ein Interesse an seinem Körper **114)**. Die dadurch entstehende Verkürzung des Schutzbereiches der §§ 223 ff StGB erscheint namentlich bei Amputationen nicht akzeptabel **115)**.

Insbesondere das auf dieser Auffassung basierende Argument, der Kranke sei ein Versehrter, dessen Unversehrtheit durch den Arzt erst wieder hergestellt werde **116)**, trifft auf den Fall der Amputation gerade nicht zu, da diese mit erheblichem Verlust an Körpersubstanz verbunden ist.

Zu dem Argument, eigenmächtige Operationen verletzten lediglich die Willensfreiheit des Patienten **117)**, ist kritisch zu bemerken, daß sich der menschliche Körper und die Verfügungsbefugnis über ihn nicht voneinander trennen lassen. Das gilt namentlich in Fällen gravierender Operationen **118)**. Es handelt sich um ein einheitliches, in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. GG geschütztes Rechtsgut **119)**.

---

114) Baumann, NJW 1958, 2092 ff (2093)

115) Stratenwerth, BT-1, S. 60

116) Dazu oben, § 2 I 1, bei Fußnote 70; das Zusammennähen einer Boxerlippe und das Amputieren eines Beines ist zweierlei

117) Vgl. oben, § 2 I 1, bei Fußnote 71 f; diese Auffassung dürfte auf Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 1955, S. 88 ff zurückgehen

118) Allgemein mit guten Gründen gegen eine solche Trennung: Arzt, Willensmängel, 1970, S. 45 ff; Arzt/Weber, LH 1, Rdnrn. 272 f, 320; v. Dellingshausen, S. 50; Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c), S. 185; Schröder, NJW 1961, 951 ff (954); Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 ff (102 bei Fußnote 96)

119) Zur Frage der Verletzung des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG durch ärztliche Eigenmacht vgl. Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 35 ff; siehe auch Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c), S. 185

2. Kriminalpolitische Bedenken

Die in der Strafrechtswissenschaft herrschenden Auffassungen zur rechtlichen Einordnung ärztlicher Heileingriffe begegnen ferner aus kriminalpolitischer Sicht erheblichen Bedenken.

a) Untragbarkeit drohener Strafbarkeitslücken

Wer mit der herrschenden Lehre ärztliche Operationen aus der Gesetzessystematik der Körperverletzungsdelikte ausklammert, bewirkt dadurch, daß eigenmächtig vorgenommene Heileingriffe nicht nach §§ 223 ff StGB bestraft werden können. In solchen Fällen bleibt deshalb nur eine Bestrafung nach §§ 239, 240 StGB übrig. Diese Tatbestände aber decken das Strafbedürfnis, welches namentlich bei gegen den Willen des Patienten vorgenommenen schwerwiegenden Operationen besteht, nicht ab, da sie den Regelfall nicht treffen.
Zum einen erfüllt die eigenmächtige Operation selbst nicht den Tatbestand des § 240 StGB, da sie keinen Zwang zur Duldung darstellt. Die Einwilligungsverweigerung des Patienten bezieht sich regelmäßig nur auf ein bestimmes operatives Vorgehen und nicht auf die Operation als solche. Derartige Eingriffe werden aber grundsätzlich in Vollnarkose durchgeführt. Daher ist der Tatbestand des § 240 StGB nur dort erfüllt, wo bereits die Narkotisierung zur Operation dem Patientenwillen zuwider vorgenommen wird 120). Solche Fälle kommen in der Praxis jedoch kaum vor.
Zum anderen verlangt § 240 Abs. 2 StGB eine positive Feststellung der Rechtswidrigkeit. Eigenmächtige Operationen, die dem Patienten das Leben retten sollen, können aber weder als verwerflich noch als sozial unerträglich bezeichnet werden.

---

120) Vgl. Krey, BT-1, S. 69; im Ergebnis ebenso Siebert, Dissertation, 1982, S. 212

Schließlich entsteht noch eine weitere Strafbarkeitslücke, wenn man der herrschenden Meinung im Schrifttum folgt: Beachtet der Arzt den entgegenstehenden Willen des Patienten infolge von **Fahrlässigkeit** nicht, so könnte er der herrschenden Lehre zufolge nicht bestraft werden 121). Dies befriedigt namentlich dann nicht, wenn der Arzt den ablehnenden Willen des Patienten **bewußt fahrlässig** nicht zur Kenntnis nimmt, etwa weil er die Operation für zwingend geboten hält.
Versteht man Operationen hingegen mit der Rechtsprechung als gemäß § 223 StGB tatbestandsmäßig, so bleibt Raum zur Anwendung von § 230 StGB. Der unterschiedlichen Schwere von strafwürdigem Unrecht kann damit im Einzelfall Rechnung getragen werden.

b) Keine Aussicht auf gesetzgeberische Neuregelungen

Die herrschende Lehre räumt ein, ihre Auffassung schaffe bei der gegenwärtigen Gesetzeslage unbefriedigende Strafbarkeitslücken 122) und fordert daher eine gesetzliche Regelung des Problems.
Eine solche ist derzeit nicht zu erwarten. Bis zu einer Entscheidung des Gesetzgebers besteht daher schon aus kriminalpolitischen Erwägungen die Notwendigkeit, dem Schutzbedürfnis des Patienten vor eigenmächtigen Operationen Rechnung zu tragen und zumindest gravierende Operationen als Körperverletzung zu betrachten 123).

---

121) Zuteffend Hardwig, GA 1965, 161 ff (171 f)

122) Vgl. nur Hirsch, LK, Vor § 223 StGB, Rdnr. 6 a.E. m.w.N.

123) Ebenso Jescheck, Lehrbuch, § 34 III 3 a) S. 305; Krey, BT - 1, S. 69 a.E.; Wessels, BT - 1, § 6 I 2 S. 51 a.E.; Horn, SK § 223 StGB Rdnr. 31 ff

II. Straftatbestandsmäßigkeit gravierender lebensnotwendiger Operationen nach §§ 223 ff StGB

Entgegen der herrschenden Lehre, die den aufgezeigten Bedenken begegnet, erscheint es aus den folgenden Erwägungen sachgerecht, gravierende lebensnotwendige Operationen tatbestandlich den §§ 223 ff StGB zuzuordnen.

1. Vereinbarkeit der hier vertretenen Lösung mit dem Wortlaut des § 223 StGB

a) Der Wortlaut des Gesetzes als Auslegungsschranke

Nach herrschender Auffassung bildet der **Gesetzeswortlaut** das maßgebliche Abgrenzungskriterium für die Beantwortung der Frage, ob eine nach Art. 103 Abs. 2 GG unzulässige Analogie vorliegt **124)**. Dabei ist zu beachten, daß sich einem bestimmten Ausdruck mehrere Fallgruppen zuordnen lassen, die zum sprachlichen Umfeld dieses Ausdrucks gehören. Damit bildet dieses Umfeld gleichzeitig die Grenze, innerhalb deren eine Auslegung möglich ist **125)**.

Da die Gesetzgebung auf das Medium der Sprache angewiesen ist, kann es außerhalb des Wortlautes keine Auslegung geben **126)**.

---

124) BGH St 28, 100 (101 f); BVerfG E 47, 109 ff (121, 124); Rudolphi, SK, § 1 StGB Rdnr. 35; Heck, AcP 112 (1914), 33 ff; Krey, Studien, 1977, S. 45 ff, 127 ff

125) Von Heck stammt die Unterscheidung zwischen Begriffshof und Begriffskern, die heute noch anerkannt wird; vgl. Günther, Strafrechtswidrigkeit, 1983, S. 289 Fußnote 23 m.w.N.

126) Prümm, JuS 1975, 299 ff (303)

b) Die gravierende Operation als körperliche Mißhandlung bzw. Gesundheitsbeschädigung

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze lassen sich jedenfalls gravierende Operationen ohne Verfassungsverstoß unter den Gesetzestext des § 223 StGB subsumieren.

Das gilt allerdings nicht für die Tatbestandsalternative der Gesundheitsbeschädigung 127). Allgemein ist darunter jedes Hervorrufen oder Steigern eines krankhaften Zustandes zu verstehen 128). Bei schwerwiegenden Eingriffen wie z.B. Amputationen können allerdings die Begriffe "gesund" und "krank" nicht verwendet werden. 129).
Das Merkmal der Gesundheitsbeschädigung kann zudem nicht erfüllt sein, wenn eine Amputation dem Patienten das Leben retten und den Zustand seines Organismus dadurch verbessern will 130). Eine andere Interpretation würde den möglichen Wortsinn des Ausdruckes "Gesundheitsbeschädigung" verlassen.

Die Alternative der körperlichen Mißhandlung hingegen trifft jedenfalls bei schwerwiegenden Operationen zu 131). Nach herrschender Meinung ist mit dieser For-

---

127) Anders unter individuell - subjektiver Deutung Krauß, Zur strafrechtlichen Problematik in: Festschrift Bockelmann, 1979, S. 557 ff (572); Ders., in: Jung/Schreiber (hg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, 1981, S. 141 ff (153)

128) Schönke/Schröder/Eser, § 223 StGB Rdnr. 5; Hirsch, LK, § 223 StGB Rdnr. 11

129) So auch Schröder, NJW 1961, 951 ff (952)

130) So auch v. Dellingshausen, Sterbehilfe, 1981, S. 52

131) Auf sie wird in Rechtsprechung und Lehre im wesentlichen abgestellt: vgl. nur RG St 25, 375 ff (377 f); Baumann/Arzt/Weber, Strafrechtsfälle und Lösungen, 1981, Fall 11, S. 63

mulierung eine üble und unangemessene Behandlung gemeint, durch die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt oder sonst auf die körperliche Unversehrtheit eingewirkt wird 132).

Die Begriffe "übel" und "unangemessen", die diese Definition der herrschenden Meinung enthält, besitzen zwar in der Umgangssprache einen abwertenden Charakter und beschreiben damit schlecht eine lebensnotwendige Operation 133). Sie sind jedoch von der Rechtsprechung - ebenso wie der Begriff der körperlichen Mißhandlung vom Gesetzgeber - nur für Fälle rechtswidriger Tatbestandsverwirklichung gewählt. Es handelt sich um eine

---

132) BGH St 14, 269 ff (271); Hirsch, LK, § 223 StGB Rdnr. 6; Schönke/Schröder/Eser § 223 StGB Rdnr. 3 f; Dreher/Tröndle, § 223 StGB Rdnr. 3; Lackner, § 223 StGB Anm. 2; Kohlrausch/Lange, § 223 StGB Anm. I 1; Frank, § 223 StGB Anm. I 1; Niethammer, Strafrecht BT, 1950, S. 142; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969, S. 288; Blei, Strafrecht II, § 12 S. 46 f; Eser, Strafrecht III, S. 80; Wessels, BT-1, § 5 II 1 S. 42.

Einer Untersuchung der übrigen, noch vertretenen Begriffsbestimmungen bedarf es nicht, da diese Definitionen Erweiterungen darstellen und damit schwerwiegende Operationen jedenfalls erfassen; vgl. etwa RG St 25, 375 ff (378): alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen; Baumann/Arzt/Weber, Strafrechtsfälle, 1981, S. 63; Arzt/Weber, LH 1,2. Aufl. 1981, Rdnr. 266; Otto, Strafrecht II, S. 68: Beeinträchtigung der körperlichen Integrität; Maurach/Schroeder, BT-1, S. 97: Nachteilige, nicht unerhebliche Körpereinwirkung; Horn, SK, § 223 StGB Rdnr. 8: alle nicht ganz unerheblichen Einwirkungen auf den Körper eines anderen; von den unerheblichen Einwirkungen solche, die von übler Gesinnung zeugen (dagegen Hirsch, LK, § 223 StGB Rdnr. 6)

133) Vgl. nur Hirsch, LK, Vor § 223 StGB Rdnrn. 1, 3 ff und § 223 StGB Rdnr. 6

Wortwahl "sub specie Unrecht" 134), d.h. der Straftatbestand ist so gefaßt, daß bei seiner Erfüllung die Rechtswidrigkeit indiziert werden soll 135).

Nun kann man die Auffassung vertreten, für eine ärztliche, sogar der Rettung von Leben dienende Operation gelte diese Indizwirkung **nicht**; eine derartige Operation lasse vielmehr im Gegenteil die Vermutung ihrer Rechtsmäßigkeit zu. Darauf ist zu entgegnen: Von allen Fällen, die die erste Alternative des § 223 Abs. 1 StGB betreffen, bilden ärztliche Operationen nur einen sehr kleinen Teil. Ein Begriff wie der der "körperlichen Mißhandlung", der Anspruch auf Allgemeingültigkeit erhebt, muß sich an der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle und nicht an Ausnahmen orientieren. Dabei muß in Kauf genommen werden, daß der Wortlaut des Gesetzes Ausnahmefälle nur noch am Rande erfaßt. Denn ein Straftatbestand trifft nur in unlösbarem Kontext mit der sich anschließenden Rechtswidrigkeitsprüfung eine Aussage über die rechtliche Billigung eines Verhaltens. Verlagert man die Rechtmäßigkeitsaussage vor auf die Tatbestandsebene, so wird der Schutzbereich der Strafnorm unerträglich eingeengt 136).

Danach fallen jedenfalls gravierende Operationen in den Randbereich des Merkmals "Körperliche Mißhandlung". Es widerspricht dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht, ein Verhalten objektiv als Mißhandlung zu bezeichnen, hinter dem subjektiv eine auch noch so anerkennenswerte Absicht stehen mag. Denn aufgezwungen ist eine Operation Unrecht. Nur für unrechte Aktionen aber ist der Straftatbestand des § 223 StGB konzipiert, und nur in solchen Fällen wird er praktisch.

---

134) Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c) S. 185

135) Baumann, NJW 1958, 2092 ff (2094)

136) Vgl. dazu Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c), S. 185

2. Beeinträchtigung des in §§ 223 ff StGB geschützten Rechtsgutes durch gravierende Operationen

Sinn und Zweck des § 223 StGB besteht darin, dem Rechtsgut **Körper** strafrechtlichen Schutz zu gewähren. Daher sind die Tatbestandsmerkmale des § 223 StGB teleologisch auszulegen **137)**. Schwerwiegende Operationen verletzen dieses Rechtsgut auch, wenn sie zur Lebensrettung notwendig werden.

a) Geschütztes Rechtsgut der Körperverletzungstatbestände

Rechtsprechung und Schrifttum vertreten fast einhellig die Auffassung, durch § 223 StGB werde die **körperliche Unversehrtheit** geschützt **138)**. Bisweilen wird neben der körperlichen Unversehrtheit noch das körperliche Wohlbefinden als Schutzgut erwähnt **139)**. Jedenfalls aber korrespondiert die Strafvorschrift mit dem verfassungsrechtlich verankerten Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. GG) **140)**.

---

137) Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c) S. 185

138) Vgl. etwa Schönke/Schröder/Eser, § 223 StGB Rdnr. 1; Dreher/Tröndle, § 223 StGB Rdnr. 1; Lackner, § 223 StGB Anm. 1; Horn, SK § 223 StGB Rdnr. 3; Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c) S. 185; Arzt/Weber, LH 1, Rdnr. 266; Eser, Strafrecht III, 1981, 6 A 3, S. 79; Maurach/Schroeder, BT-1, S. 81 a.E.; Otto, Strafrecht II, S. 67; Bockelmann, BT-2, S. 50; Krauß, Festschrift Bockelmann, 1979, S. 557 ff (567); Ders.; in: Jung/Schreiber (hg.), S. 141 ff (153 f)

139) Blei, Strafrecht II, § 12 I S. 46; Schmidhäuser, Lehrbuch, 8/121, S. 266; Welzel, Lehrbuch, 1969, S. 288; Wessels, BT-1, § 5 I 1, S. 41

140) Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 35 a.E. Fußnote 68; Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2, Rdnr. 36 f; Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c), S. 185

Die Gegenmeinung relativiert das Rechtsgut; hinsichtlich ärztlicher Heileingriffe sei auf den Gesamtakt der Maßnahme mit dem sich am Ende ergebenen Resultat abzustellen **141)**. Schutzgut sei daher das körperliche Wohl **142)** oder das Körperinteresse **143)**. Denn da ärztliche Operationen dasselbe Ziel verfolgten wie die Strafbestimmung selbst - nämlich den Schutz von Leben und Gesundheit -, könnten diese Rechtsgüter nicht durch sie beeinträchtigt werden **144)**.

b) Die gravierende Operation als Beeinträchtigung dieses Rechtsgutes

Die körperliche Unversehrtheit des Patienten wird durch eine gravierende Operation massiv tangiert, denn der Begriff der Unversehrtheit meint bereits rein sprachlich die Vollständigkeit des Organismus. Der Sinn des Begriffes der Unversehrtheit liegt nämlich nicht allein in der Erhaltung primärer Lebensfunktionen wie Blutkreislauf, Atmung etc.. Träfe dies zu, so diente die Entfernung von nekrotischem oder toxischem Gewebe einer Wiederherstellung der vorher beeinträchtigten Unversehrtheit. Entscheidend ist vielmehr die Bewahrung des Leibes als organische Einheit. Durch die Amputation eines Beines wird daher der vorher vollständige, wenn auch teilweise funktionsuntüchtige Körper in seiner Substanz angetastet **145)**.

---

141) Hirsch, LK, Vor § 223 StGB Rdnr. 1

142) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 66

143) Beling, ZStW 44 (1924), S. 220; Engisch, ZStW 58 (1939), S. 5 ff

144) Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 1955, S. 89

145) Vgl. auch Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c), S. 185 f

3. Bedeutung vorhandener Lebensgefahr für die Erfüllung des Straftatbestandes

Die Tatsache, daß eine gravierende Operation infolge vorhandener Lebensgefahr medizinisch geboten ist, ändert die rechtliche Beurteilung des primären Aktes der Rechtsgutsverletzung nicht **146)**.
Dieser Umstand kann allenfalls den Unrechts- oder Schuldausschluß beeinflussen. Das mag ein Beispiel verdeutlichen: Wenn jemand beim Bergsteigen einen Kameraden vor einem drohenden Sturz in die Tiefe rettet, indem er in zurückreißt und dabei schwer verletzt, so enthält dieses Verhalten, obwohl es absolut geboten war, straftatbestandsmäßig eine Körperverletzung; gleichwohl verhält sich der Handelnde wegen der bestehenden Notstandssituation rechtmäßig.

III. Konsequenz: Anwendbarkeit auch der qualifizierenden Tatbestände der §§ 223 a ff StGB

Die Frage, ob unter der Prämisse der Anwendung des Grundtatbestandes grundsätzlich auch die Qualifikationen bei ärztlichen Operationen Berücksichtigung finden, wird von einigen Autoren verneint, weil die Tatbestandsmerkmale der Qualifikationen bei der gebotenen restriktiven Interpretation nicht einschlägig seien **147)**.

---

146) Vgl. insbesondere RG St 25, 375 ff (376); BGH St 11, 111 ff (113 f); BGH JZ 1964, 231 f (231 f)

147) Vgl. Rogall, NJW 1978, 2344 f (2345); Sonnen, JA 1978, 466 f (467); Horn, SK, § 223 StGB Rdnrn. 38, 45. Horn meint, eine Anwendung der §§ 223 a ff StGB sei überhaupt nur bei einer Gesundheitsverschlechterung möglich (Rdnr. 38), scheide aber bei einer lege artis vorgenommenen Operation immer aus (Rdnr. 45). So verletze der Arzt immer nur den Grundtatbestand (Rdnr. 38). Ähnlich Hirsch, ZStW 74 (1962), S. 78 ff (103 in Fußnote 99), der ausführt, die §§ 224, 225 StGB beträfen nur die objektive Verschlechterung des Körperzustandes und kämen daher namentlich bei lebensnotwendigen Amputationen nicht in Betracht

Indessen gebietet es die Systematik und Dogmatik des Gesetzes, bei schwerwiegenden Operationen **im Grundsatz** eine Anwendung der qualifizierenden Normen **nicht auszuschließen.** Diese zutreffende Auffassung vertritt neben einem großen Teil des Schrifttums **148)** auch der Bundesgerichtshof. Soweit ersichtlich, hat dieser jedoch in der Praxis erst **einmal** angenommen, der Arzt habe gegen eine der selbständigen Qualifikationen des § 223 StGB (§ 226 StGB) verstoßen **149).**

Im sog. Zahnextraktionsfall hat der Bundesgerichtshof entschieden, das Skalpell des Chirurgen sei bei bestimmungsgemäßer Verwendung kein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 223 a StGB. Es sei mit einer Waffe nicht vergleichbar, da der Gebrauchszweck ein anderer sei **150).** Dem ist zuzustimmen **151).** Damit scheidet § 223 a StGB bei gravierenden Operationen praktisch aus.

---

148) Bockelmann, Operativer Eingriff, in: JZ 1962, S. 526; Ders., Strafrecht des Arztes, 1968, S. 52; Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963, S. 44; Grünwald, Die Aufklärungspflicht des Arztes, in: ZStW 73 (1961), S. 5 ff (8); Ders., Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Göppinger (hg.), Arzt und Recht, 1966, S. 125 ff (136 bei Fußnote 9); Hardwig, Betrachtungen zur Frage des Heileingriffes, in: GA 1965, 161 ff (170); Wilts, Die ärztliche Heilbehandlung in der Strafrechtsreform (I), in: MDR 1970, 971 ff (972); Hirsch, LK, Vor § 223 StGB Rdnr. 3 a.E.; Wessels, BT-1, § 6 I 2, S. 51

149) BGH St 12, 379 ff (385 f)

150) Vgl. BGH NJW 1978, 1206 unter Hinweis auf ein früheres, unveröffentlichtes Urteil (vgl. Pfeiffer/Maul/Schulte, § 223 a StGB, Rdnr. 3). Zustimmend äußerten sich etwa: Rüping, Jura 1979, 90 ff (92); Rogall, NJW 1978, 2344 f (2345); Sonnen, JA 1978, 466 f (467); Horn, Jus 1979, 29 ff (30); Ders., SK, § 223 StGB Rdnr. 46; Hirsch, LK, § 223 a StGB Rdnr. 6; Ders., ZStW 74 (1962), 78 ff (103 in Fußnote 99)

151) Die gegenteilige Auffassung, das Skalpell in der Hand des Arztes sei eine Waffe, vertreten etwa: Baumann/Arzt/Weber, Strafrechtsfälle, S. 66; Schönke/Schröder/Eser, § 223 StGB Rdnr. 29 a.E.; Maurach/Schroeder, BT-1, § 8 II 5 c), S. 89

Anders ist die Rechtslage bei den erfolgsqualifizierten Sonderbestimmungen der §§ 224, 225 StGB. Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschriften sind in den hier zu behandelnden Fällen immer erfüllt, da die schwerwiegende Operation - etwa eine Beinamputation - den in § 224 StGB genannten Erfolg bewirkt 152) und dieser nach dem Willen des Operateurs im Sinne des § 225 StGB auch beabsichtigt ist.

Bedenklich dagegen erscheint die vom Bundesgerichtshof im Zahnextraktionsfall 153) in einem obiter dictum getroffene Feststellung, § 225 StGB entfalle bei nachträglicher Beseitigung der zunächst eingetretenen schweren Folge - die durch Extraktion aller Zähne bewirkte Entstellung war im Zeitpunkt der Hauptverhandlung durch eine Prothese behoben worden -. Denn damit hängt die Anwendung der qualifizierten Strafbestimmung und damit des höheren Strafrahmens von nachträglichen zufälligen Faktoren ab, etwa von der finanziellen Leistungsfähigkeit oder von ausreichendem Versicherungsschutz des Verletzten 154). Eine Verallgemeinerung dieses Argumentes durch die Rechtsprechung ist indessen nicht zu erwarten. Denn dort, wo der Gesetzestext auf den **Verlust** eines wichtigen Körpergliedes abstellt - wie etwa bei einer Amputation -, kommt es nicht darauf an, ob nachträglich eine Prothese beschafft wird.

---

152) Dies gilt für die hier zu behandelnden Operationen bereits aufgrund der Problemstellung; vgl. oben, Einleitung, § 2 I

153) BGH NJW 1978, 1206

154) Vgl. Rüping, Jura 1979, 90 ff (93 bei Fußnote 16 m.w.N.)

Der schwerwiegende Eingriff, der mit einer Amputation oder einer ähnlich schweren Operation vorgenommen wird, muß deshalb - rechtssystematisch und dogmatisch betrachtet - zur Anwendung der §§ 224, 225 StGB führen. Das bedeutet freilich nicht die Untragbarkeit der so erzielten Ergebnisse. Denn zum einen kann der Strafrahmen für eigenmächtige Operationen wegen des hohen Erfolgsunrechts im Einzelfall durchaus angemessen sein. Und andererseits ergeben sich de lege lata in hinreichendem Umfang Möglichkeiten, dem Einzelfall gerecht zu werden. So steht in minder schweren Fällen (§§ 224 Abs. 2, 225 Abs. 2 StGB) ein erheblich geringerer Strafrahmen zur Verfügung. Schließlich liegt die Annahme eines Verbotsirrtums mit der Konsequenz einer fakultativen Strafmilderung (§§ 17 Satz 2, 49 Abs. 1 StGB) in lebensbedrohlichen Situationen nahe **155)**.

---

155) Vgl. auch Krey, BT-1, S. 70.

Die **Sonderauffassung,** nach der zum Verlust von Körpersubstanz führende Heileingriffe doch wieder nach § 223 StGB tatbestandsmäßig sind (vgl. Schröder, Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 1960, in: NJW 1961, 951 ff (952 f); Ders., in: Schönke/Schröder, 17. Aufl., 1974, § 223 StGB Rdnrn. 8 ff; Eser, Strafrecht III, 7 A 10 ff; Ders., in: Schönke/Schröder, 21. Aufl., 1982, § 223 StGB Rdnrn. 32 ff), **widerspricht** der hier eingenommenen Haltung **nicht.** Denn gravierende Operationen, um die es hier geht, sind begrifflich immer mit erheblichem Verlust von Körpersubstanz verbunden (ähnlich Baumann, Lehrbuch, § 15 III 3 c) S. 186 Fußnote 26; vgl. auch Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 ff (102 f))

Zweiter Teil: Zur Einwilligung des Patienten als grundsätzlichem Rechtfertigungserfordernis bei Operationen

Infolge des prinzipiell straftatbestandsmäßigen Charakters schwerwiegender Operationen selbst bei Lebensgefahr bedarf der Arzt eines Rechtfertigungsgrundes, wenn er straffrei bleiben will. Als solcher kommt in erster Linie die **Einwilligung** des Betroffenen in Betracht 1).

Zum besseren Verständnis der Situation verweigerter Einwilligung erscheint es angebracht, die wesentlichen Grundlagen und Voraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung kurz zu erörtern.

§ 1 Grundlagen und dogmatische Einordnung der Einwilligung

I. Verfassungsrechtliche Verankerung der freien Willensbestimmung des Patienten

Die rechtsdogmatische Grundlage der Einwilligung besteht in dem verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht des Menschen. Die Wertordnung unseres

---

1) Grundlegend RG St 25, 375 ff (378); Kohlhaas, NJW 1963, 2348 ff; Trockel, NJW 1970, 489 ff; als andere Einordnungsmöglichkeit bleibt, die Einwilligung tatbestandsausschließend als sog. **Einverständnis** zu interpretieren (grundlegend dazu Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, 1953; ferner Jescheck, Lehrbuch, S. 299 m.w.N.; Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 13; Kühne, JZ 1979, 241 ff (241 f).

Grundgesetzes garantiert jedem Menschen ein Recht auf Beachtung seines eigenen privaten Willens in Bezug auf Angelegenheiten, die seine Person betreffen.

1. Anerkennung seines Selbstbestimmungsrechts durch Rechtsprechung und Lehre

Nennt auch der Grundrechtskatalog unserer Verfassung die Berechtigung des Einzelnen, über sich selbst frei bestimmen zu können, nicht ausdrücklich, so geht man doch heute nahezu einhellig in Rechtsprechung 2) und Schrifttum von dieser Befugnis aus. Die Lehre leitet das Selbstbestimmungsrecht entweder aus den Grundrechten auf körperliche Unversehrtheit bzw. Freiheit der Person (Art. 2. Abs. 2 Satz 1 und 2 GG) her 3) oder begreift es als Ausfluß der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) bzw. der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit

---

2) Vgl. nur RG St 25, 375 ff; BGH St 11, 111 ff; BGH VersR 1980, 428 ff; ausführlich zur Herleitung des Selbstbestimmungsrechts BVerfG NJW 1979, 1925 ff (1930 f)

3) Schwalm, Sechzehn Thesen zur Einwilligung in Heilbehandlungen und zur ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Krankenhausarzt 33 (1960), S. 87 f (87); Schünemann, Einwilligung und Aufklärung von psychisch Kranken, in: VersR 1981, 306 ff (306 m.w.N.)

(Art. 2 Abs. 1 GG) 4). Zieht man alle diese Verfassungsvorschriften zur Begründung heran 5), so wird die Selbstbestimmung als Bestandteil des verfassungsrechtlich anerkannten allgemeinen Persönlichkeitsrechts verstanden.

2. Mögliche Kollision mit dem überindividuellen Grundwert des Lebens

Probleme ergeben sich allerdings, wenn die Selbstbestimmung mit anderen Verfassungswerten kollidiert.
Bedeutung gewinnt dies namentlich im hier zu erörternden Bereich ärztlicher Operationen zur Lebensrettung. Lehnt der Patient aus ganz persönlichen, Dritten möglicherweise unvernünftig erscheinenden Gründen eine lebensnotwendige ärztliche Behandlung ab, so steht solche Selbstbestimmung aus freiem Willen in Widerspruch zu seinem Grundrecht auf Leben. Bei dieser Konstellation stellt sich für den Arzt die oft als unbefriedigend empfundene Alternative, eines von beiden Rechtsgütern auf Kosten des anderen zu schützen bzw. zu beachten.

---

4) Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetzkommentar, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 34; Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 31; Deutsch, Das therapeutische Privileg des Arztes, in: NJW 1980, 1305 ff (1306); Eser, Zum Recht des Sterbens, in: Fritsche u.a., Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod?, 1977, S. 21 ff (23)

5) Bodenburg, Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: NJW 1981, 601 ff (604); BVerfG NJW 1979, 1925 ff (1930 f); zum Gesamtkomplex vgl. auch Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift für Welzel, 1974, S. 775 ff

Die von der Rechtswissenschaft im Einklang mit der Verfassung erarbeitete Lösung dieses Konfliktes setzt bei der Interpretation des Grundrechtes **Leben** an. Hier gilt der Grundsatz, daß das Grundrecht **auf** Leben nicht zugleich auch ein Verfügungsrecht **über** das eigene Leben garantiert 6).

Freilich schränkt die Disponibilität des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit diesen Grundsatz insofern wieder ein, als der Arzt gegen den Willen des todkranken Patienten auch bei Lebensgefahr nicht operieren darf 7). So verbürgt die verfassungsrechtliche Garantie des **Lebens** im Grundsatz zwar umfassenden Schutz jenes Rechtsgutes. Aus dem **Recht** auf Leben jedoch folgt notwendig noch keine **Pflicht** zum Leben; das Individuum ist zum Schutz und zur Erhaltung des eigenen

---

6) So die ganz **herrschende Meinung;** vgl. etwa Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetzkommentar, Art. 2 Abs. 2, Rdnr. 12; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 23. Aufl. 1980, S. 129; v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 2. Aufl. 1981, Art. 2 Rdnr. 41 m.w.N.; Wöbker, Dissertation, S. 39 f; Eser, Zum "Recht des Sterbens", in: Fritsche u.a. (hg.), Das Recht, 1977, S. 21 ff (25); Ders., Neues Recht des Sterbens?, in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 392 ff (394); Krey, BT-1, S. 5; Wagner, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975, S. 84 m.w.N. in Fußnote 1.

Anderer Ansicht sind lediglich Hamann/Lenz, Grundgesetz, 3. Aufl. 1970, Art. 2 Abs. 2 Anm. 8, S. 144 (zur Kritik vgl. Wagner, aaO sowie Herzberg, Zur Strafbarkeit, in: ZStW 91 (1979), 557 ff (571 in Fußnote 35)); für ein Verfügungsrecht anscheinend auch Kühne, Strafrechtliche Aspekte, in: NJW 1975, 671 ff (675)

7) Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetzkommentar, Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 12 in Fußnote 3; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 129

Lebens nicht verpflichtet 8). Denn das **vitale Dasein als solches** ist **kein absoluter Wert;** wertvoll wird es vielmehr erst durch den Menschen, seine geistige Freiheit und seine personale Würde. Und dazu gehört die Herrschaft über sich selbst 9).

Diesen Antagonismus der Werte **Leben** und **Selbstbestimmung** beschreibt man in der Diskussion um die Beachtlichkeit der Verweigerung vital indizierter Operationen als **Konflikt zwischen "Salus" und "Voluntas"** des Kranken 10).

---

8) Siehe etwa Roxin, Die Mitwirkung beim Suizid - ein Tötungsdelikt ? in: Festschrift für Eduard Dreher, 1977, S. 331 ff (338); aus der medizinischen Literatur: Leithoff, Die Duldungspflicht ärztlicher Behandlung als Möglichkeit medizinischer und soziale Disziplinierung, in: Zeitschrift für Rechtsmedizin 83 (1979), S. 25 ff (26 f); Ders., Die Duldungspflicht ärztlicher Behandlung in verschiedenen medizinischen Versorgungssystemen, in: Lebensversicherungsmedizin 1976, S. 85 ff (85)

9) Treffend Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, in: ZStW 73 (1961), S. 341 ff (360 f)

10) Unter Berufung auf den sog. hippokratischen Eid (Text bei Laufs, Arztrecht, vor S. 1; eingehend Deichgräber, Der Hippokratische Eid, 3. Aufl. 1972) und das darin enthaltene Postulat "primum nil nocere" (d.h. im Zweifelsfall entscheiden das Wohl und die Interessen des Kranken; vgl. dazu Uhlenbruck, Begründet der Grundsatz "primum nil nocere" eine besondere Rechtspflicht des Arztes? in: Medizinische Klinik 66 (1971), 899 ff (900)) herrscht in der medizinischen Literatur die Auffassung vor, das objektiv verstandene Wohl des Kranken - dies ist bei Lebensgefahr stets das Interresse an der Erhaltung seines Lebens - sei unter allen Umständen vorrangig, wenn dieser seine Einwilligung zur lebensnotwendigen Operation aus unverständigen Gründen wider alle Vernunft verweigere: **"salus aegroti suprema lex";** vgl. etwa Ehrhardt/Villinger, Forensische und administrative Psychiatrie, in: Gruhle u.a. (hg.), Psychiatrie der Gegenwart, Band III, 1961, S. 188 ff (197 f);

II. Strafrechtliche Bedeutung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund für die ärztliche Operation

Dieses - soeben dargelegt - verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seinen Körper bedarf, um nicht wirkungslos zu bleiben, strafrechtlichen Schutzes. Dieser wird mit dem Erfordernis der rechtfertigend wirkenden Einwilligung des Patienten wirksam gewährleistet.

Fortsetzung Fußnote **10)**

Roemer, Die ärztliche Aufklärungspflicht vom Standpunkt und aus der Erfahrung des Arztes, 1961, S. 18; Frey, Die Grenzen der Behandlungspflicht aus der Sicht des Klinikers, in: Eid/Frey (hg.), Sterbehilfe, 1978, S. 36 ff (40).

Demgegenüber hält der weitaus größte Teil der juristischen Literatur in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung den Willen des Patienten in solchen Fällen für ausschlaggebend: (**"voluntas aegroti suprema lex"**; vgl. die Rechtsprechung zum Selbstbestimmungsrecht; aus dem Schrifttum: Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 58; Eser, in: Auer/Menzel/Eser, Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, 1977, S. 100; Engisch, Konflikte, in: Festschrift für Eduard Dreher, 1977, S. 309 ff (317); Geilen, Euthanasie und Selbstbestimmung, 1975, S. 8. Im Ergebnis ebenso Bockelmann, Rechtliche Grundlagen, in: NJW 1961, 945 ff (945); Fritsche, Das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben? in: Fritsche u.a. (hg.), Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod, 1977, S. 1 ff (7); Ders., in: Eid/Frey (hg.), Sterbehilfe, 1978, S. 11 ff (14 a.E.); Hanack, in: Hiersche (hg.), Euthanasie, 1975, S. 121 ff (142); Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341 ff (360 f); Opderbecke, in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 136 ff (138); Schwalm, Grenzen der ärtzlichen Aufklärungspflicht, 1961, S. 41; Uhlenbruck, aaO S. 901; Weissauer/Opderbecke, Tod, Todeszeitbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht, in: Rheinisches Ärzteblatt 1973, S. 364 ff (405))

1. Grundsätzliche Rechtswidrigkeit eines eigenmächtigen operativen Eingriffs

Der operierende Arzt benötigt prinzipiell für den Eingriff eine Erlaubnis, welche regelmäßig in der Einwilligung des Kranken besteht. Das entspricht heute wohl allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung **11)** und Schrifttum **12)**. Eigenmächtig darf der Arzt nur dann Maßnahmen ergreifen, wenn ihm dies das Gesetz **13)** ausdrücklich gestattet **14)**.

Dieser Einwilligungsgrundsatz erfordert nicht, daß sich dem Patienten überhaupt eine vernünftige Entscheidungsalternative bietet **15)**; er gilt somit auch bei

---

11) Für das Zivilrecht: Etwa RG Z 68, 431 ff (433, 437); RG Z 88, 433 ff (436); 163, 129 ff (137 f); 168; 206 ff (210); BGH NJW 1956, 1106 ff (1107); BGH Z 29, 176 ff (179 a.E.).
Für das Strafrecht: Grundlegend RG St 25, 375 ff (382) - anders noch RG St 2, 442 f (443); 6, 61 ff (63) -; Ferner etwa: RG St 61; 242 ff (252 a.E. f); BGH St 11, 111 ff (112)

12) Für das Zivilrecht: Etwa Mansfeld, Zur Haftung des Arztes, in: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 1915, S. 334 ff (336); Brügmann, NJW 1977, 1473 ff (1475).
Für das Strafrecht: Etwa Bockelmann, NJW 1961, 945 ff (945); Eser, in: Auer/Menzel/Eser, Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, 1977, S. 98; Schünemann, VersR 1981, 306 ff (306).
Für das medizinische Schrifttum: Etwa Opderbecke, in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 136 ff (138 a.E. f)

13) Vgl. etwa die §§ 81 a - c StPO, 17 Abs. 4 Soldatengesetz, 101 StVollzG

14) In der NS-Zeit waren ärztliche Zwangsbehandlungen außerdem zulässig zur Wahrung eines "überragenden öffentlichen Belanges an der Erhaltung der Gesundheit der Volksgesamtheit"; vgl. dazu RG Z 151, 349 ff (352); RG JW 1936, 3112 ff (3113) mit Anmerkung Kallfelz; Röttgen, Dissertation, 1937, s. 41

15) BGH NJW 1973, 556 ff (558)

Operationen, deren Vornahme durch vorhandene Lebensgefahr medizinisch geboten ist 16).

2. Begrenzung der Rechtfertigungwirkung durch die §§ 216, 226 a StGB

Freilich führt die Einwilligung nicht stets in vollem Umfang zur Rechtfertigung. Denn Voraussetzung dafür bleibt einmal die **Disponibilität** des betreffenden Rechtsgutes. So wirkt die Einwilligung in eine Tötung wegen der fehlenden Verfügungsbefugnis über das Rechtsgut Leben 17) nicht unrechtsausschließend, sondern gemäß § 216 StGB lediglich unrechtsmildernd. Und zum anderen bildet de lege lata § 226 a StGB bei Sittenwidrigkeit eine Rechtfertigungsschranke.

Der dem Einwilligungsprinzip zugrunde liegende römischrechtliche Satz **volenti non fit iniuria** 18) gilt danach für unser Strafrecht nicht uneingeschränkt, sondern nur im Rahmen der durch §§ 216, 226 a StGB gezogenen Grenzen 19). Dies läßt sich mit dem Satz umschreiben: Zwar geschieht dem, der es so will, kein Unrecht. Daraus folgt aber nicht, daß der, der diesem Willen entsprechend handelt, kein Unrecht tut 20).

---

16) Krey, BT-1, S. 67

17) Dazu oben, § 1 I 2

18) Er stammt aus den Digesten (D 47, 10, 1, § 5)

19) Siehe dazu Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1975, Kap. 8 Rdnr. 130; Baumann, Lehrbuch, § 21 II 4 a), S. 330; Jescheck, Lehrbuch, § 34 III, S. 304 ff; Bockelmann, Der ärztliche Heileingriff, in: ZStW 93 (1981), S. 105 ff (110); Klinkenberg, Die Rechtspflicht zum Weiterleben und ihre Grenzen, in: JR 1978, 441 ff (443); Simson, Die Suizidtat, 1976, S. 59; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH St 6, 147 ff (153 a.E.)

20) Vgl. Roellecke, Gibt es ein "Recht auf den Tod"? in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 336 ff (343)

§ 2 Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit der Einwilligung

Die Rechtsordnung knüpft an die Einwilligung allerdings nur dann rechtliche Konsequenzen, wenn ihre Erteilung den an sie gestellten Anforderungen genügt. Diese sind wegen ihres Anspruchs auf Allgemeingültigkeit auch für vital indizierte Operationen maßgeblich.

I. Die Erklärung der Einwilligung

Begrifflich besteht die Einwilligung in einer Mitteilung des Betroffenen, die Beeinträchtigung eines Individualrechtsgutes durch einen anderen hinnehmen zu wollen 21). Dabei handelt es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung - die Vorschriften des bürgerlichen Rechts bleiben unanwendbar 22) - sondern um eine spezifisch strafrechtliche Rechtsfigur 23). So beseitigt etwa ein Widerruf den Unrechtsausschluß selbst bei vitaler Indikation 24).

---

21) Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 13 m.w.N.

22) Herrschende Meinung; vgl. nur RG St 41, 392 ff (396); 70, 107 ff (108 a.E.); BGH St 4, 88 ff (90 f); BGH Z 29, 33 ff (36); BGH NJW 1956, 1106 ff (1107); BGH NJW 1980, 1903 f; Jescheck, Lehrbuch, S. 306 m.w.N.; Baumann, Lehrbuch, § 21 II 4 b) ß, S. 333; Schönke/Schröder/Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff, Rdnr. 39; Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, in: ZStW 58 (1939), S. 1 ff (36 f); Göppinger, in: Fortschritte, 1956, S. 53 ff (87 f); Wilts, Heilbehandlung II, in: MDR 1971, 4 ff (5); Schünemann, VersR 1981, 306 ff (307); vgl. auch Otto, in: Krankenhausarzt 53 (1980), S. 723

23) Vgl. nur Jescheck, Lehrbuch, S. 306 m.w.N.

24) Vgl. RG St 25, 375 ff (382); BGH NJW 1980, 1903 f; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 54; Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 102; Ehrhardt/Villinger, in: Gruhle (hg.), Psychiatrie, 1961, S. 188 ff (190)

Als Erklärungsempfänger können sowohl der Operateur 25) als auch ein anderer, die Anamnese erhebender Arzt auftreten 26).

Allerdings braucht die Einwilligung weder in einer bestimmten Form - etwa schriftlich - noch überhaupt ausdrücklich mitgeteilt zu werden. Vielmehr genügt eine nicht in bloßer Passivität bestehende 27), schlüssig zum Ausdruck gebrachte Bereitschaft des Kranken, sich zu dieser Zeit, an diesem Ort und in dieser Weise operieren zu lassen 28).

II. Die Fähigkeit zur Einwilligung

Weiterhin ist Voraussetzung einer wirksamen Erteilung der Einwilligung die Reife und Fähigkeit des Patienten, die Tragweite des ärztlichen Eingriffs für Körper, Beruf und Lebensglück zu ermessen 29).

---

25) Etwa bei gesteigertem Interesse eines Privatpatienten an der Person des Chefarztes, weil dieser für die erforderliche Spezialoperation eine besondere Qualifikation hat; dazu Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963, S. 99

26) Vgl. Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 107

27) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 54; Hirsch, LK, § 226 a StGB Rdnr. 15

28) Diese heute ganz herrschende Auffassung hat sich aus dem früher im Schrifttum ausgetragenen Streit zwischen Erklärungs- und Willensrichtungstheorie (dazu Baumann, Lehrbuch, § 21 II 4 b) S. 332) herauskristallisiert; vgl. Hirsch, LK, § 226 a StGB Rdnr. 15 mit umfangreichen weiteren Rechtsprechungsnachweisen; Schönke/Schröder/Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff Rdnr. 43 m.w.N. zum Schrifttum; Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 57 f

29) Definition nach Engisch, Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, 1958, S. 14; Laufs, Arztrecht, Rdnr. 132 bei Fußnote 24; vgl. auch Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 56 f; Eser, Aufklärung und Einwilligung bei Intensivtherapie, in: Anästhesiologie und Intensivmedizin 20 (1979), S. 211 ff (212 f)

Bei Minderjährigen kommt es auf deren persönliche Entscheidung an, sofern nach ihrer Verstandesreife davon auszugehen ist, daß die Tragweite der Entscheidung richtig erfaßt wird 30). Das gilt selbst dann, wenn Lebensgefahr besteht 31). Bei mangelnder Einsichtsfähigkeit kann der Inhaber des Personensorgerechts die Einwilligung erteilten 32).

Bei moribunden Patienten können unerträgliche Schmerzen, psychische Belastungen infolge Todesangst oder starke schmerzlindernde Narkotika die Urteilsfähigkeit beeinflussen. Doch gebieten Würde und Achtung vor der Persönlichkeit des Kranken, seine Äußerungen nicht als irrelevant zu behandeln 33), sondern einen freien

---

30) BGH Z 29, 33 ff (36); Bockelmann, Strafrecht, 1968, S. 55; Barnikel, Probleme des Selbstbestimmungsrechts, in: Medizinische Welt, 1973, 838 ff (839); Laufs, Arztrecht, Rdnr. 132

31) BGH St 12, 379 ff (382)

32) Etwa Wessels, AT, 1983, § 9 I 2 c), S. 89; Engisch, Die rechtliche Bedeutung, 1958, S. 15; Möllering, Schutz des Lebens, 1977, S. 18; Grünwald, Heilbehandlung, in: Göppinger (hg.), Arzt und Recht, 1966, S. 125 ff (134); vgl. dazu auch **unten, Dritter Teil, § 5**

33) So aber etwa: Bösche, Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen, in: Ärztliche Mitteilungen, 1959, 458 ff (462); Kohlhaas, Das Recht auf den eigenen Tod, in: NJW 1973, 548 ff (550); Uhlenbruck, Der Patientenbrief, in: NJW 1978, 566 ff (569); Möllering, Schutz des Lebens, 1977, S. 52; Opderbecke, Grenzen, in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 136 ff (140); wohl auch Ehrhardt/Villinger, Forensische Psychiatrie, in: Gruhle (hg.), Psychiatrie, 1961, S. 188 ff (190 f)

Willensentschluß zu respektieren 34).
Freilich fällt es in den Verantwortungsbereich des Arztes, die Urteilsfähigkeit seines Patienten im Einzelfall festzustellen 35). Dieses ärztliche Ermessen vermag der Jurist nur noch auf evidente Verstöße hin zu überprüfen. Andernfalls würde in unerträglicher Weise in den Kompetenzbereich des Arztes eingegriffen. Allein der Arzt ist in der Lage, den aktuellen physischen und psychischen Zustand des Kranken aus medizinischer Sicht sachgerecht einzuschätzen 36).

III. Die Freiheit von wesentlichen Willensmängeln

Nur wer über Art und Umfang des von ihm erwarteten Rechtsgutsverzichts eine zutreffende eigene Vorstellung besitzt, kann seine Zustimmung auch wirksam erteilen. Dazu gehört selbst bei Lebensgefahr eine ausreichende Information über die anstehende ärztliche Maßnahme, auch wenn in solchen Fällen eine Risikoaufklärung nicht verlangt wird 37).

---

34) Im Ergebnis ebenso etwa: Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341 ff (366); Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift Welzel, 1974, S. 775 ff (791); Schwalm, Sechzehn Thesen, in: Krankenhausarzt 33 (1960), S. 87 f (87, These 2).
Anders hingegen Spann/Liebhardt/Braun, Ärztliche Hilfeleistungspflicht, in: Festschrift Bockelmann, 1979, S. 487 ff (494), die bei fortgeschrittener lebensgefährlicher Erkrankung Willensfreiheit ablehnen

35) BGH Z 29, 46 ff (51); Zur Frage nach den Beurteilungskriterien vgl. Bresser, Empirische Maßstäbe bei der Beurteilung der Willensbestimmung in der Versicherungsmedizin, in: Lebensversicherungsmedizin, Sondernummer 1976, S. 43 ff

36) **Anderer Ansicht** ist Schünemann, Einwilligung und Aufklärung von psychisch Kranken, in: VersR 1981, 306 ff (307)

37) Vgl. nur Laufs, Arztrecht, Rdnrn. 126, 159; dazu eingehend unten, Dritter Teil, § 3 III 1

Ein Irrtum des Einwilligenden wird relevant, wenn er das Rechtsgut betrifft, auf das verzichtet werden sollte **38)**.

IV. Kein Verstoß gegen die guten Sitten

Schließlich gehört als besondere Voraussetzung zu einer wirksamen Einwilligung der Einklang mit dem Sittengesetz gemäß § 226 a StGB. Bei ärztlichen Maßnahmen kommt ein Verstoß gegen die guten Sitten lediglich bei besonderen Eingriffen wie Geschlechtsumwandlungen, Sterilisationen, Kastrationen, Humanexperimenten etc. in Betracht. Eine Einwilligung zu lebensnotwendigen gravierenden Operationen hingegen verletzt § 226 a StGB nicht **39)**.

---

38) Vgl. Jescheck, Lehrbuch, S. 308; Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 1955, S. 131; Krauß, Zur strafrechtlichen Problematik, in: Festschrift Bockelmann, 1979, S. 557 ff (574 Fußnote 28); Schwalm, Sechzehn Thesen, in: Krankenhausarzt 33 (1960) S. 87 f (These 4 b); eingehend: Arzt, Willensmängel, 1970, S. 20, 30, 35; Schmidhäuser, Strafrecht AT, Kap. 8 Rdnrn. 136 f; ausführlich ferner Kühne, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, in: JZ 1979, 241 ff; siehe auch BGH NJW 1978, 1206

39) Ausführlich zur Sittenwidrigkeit der Einwilligungsverweigerung unten, Dritter Teil, § 3 IV

Dritter Teil: Zum Unrechtsausschluß bei Operationen durch andere Rechtfertigungsgründe als Einwilligung

Wie dargelegt, bedarf eine schwerwiegende Operation auch bei Lebensgefahr eines Erlaubnisgrundes, welcher grundsätzlich in der Einwilligung des Kranken besteht. Probleme können daher entstehen, wenn der zustimmende Wille des Patienten nicht wirksam geäußert oder sogar eine Zustimmung ausdrücklich versagt wird. Ist die Operation aus medizinischer Sicht infolge Lebensgefahr geboten, so kommt ein Rekurs auf andere Erlaubnissätze in Betracht.

§ 1 Die außer der Einwilligung einschlägigen Rechtfertigungsgründe im Einzelnen

Solche Rechtfertigungsgründe sollen im Folgenden kurz behandelt werden.

I. Mutmaßliche Einwilligung

Zunächst bietet sich die Rechtsfigur der mutmaßlichen Einwilligung an. Sie ist gegenüber der tatsächlichen Einwilligung subsidiär, kommt also nur zum Zuge, wenn jene nicht erteilt wurde 1).
Im Zusammenhang mit diesem Rechtfertigungsgrund werden häufig die zivilrechtlichen Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag genannt 2). Die im Zivilrecht

---

1) Vgl. Baumann, Lehrbuch, § 21 II 5 a), S. 342 a.E. bei Fußnote 131; Warda, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, in: Festschrift Maurach, 1972, S. 143 ff (167 f)

2) Vgl. etwa Kohlhaas, Operation gegen den ausdrücklichen Willen, in: Dtsch. Med. Wschr. 86 (1961), S. 446 f (447); Opderbecke, Grenzen, in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 136 ff (140)

gültigen §§ 677 ff BGB sind indes von der mutmaßlichen Einwilligung im Strafrecht zu unterscheiden. Nach heute wohl überwiegender Auffassung bewirken sie keine strafrechtliche Rechtfertigung, da sie als zivilrechtliche Bestimmungen den strafrechtlichen Funktionen nicht in ausreichendem Maße Rechnung tragen 3). So behält die mutmaßliche Einwilligung eigenständigen Charakter. Sie bildet auch keinen Unterfall des rechtfertigenden Notstandes 4), wie bisweilen behauptet wird 5), sondern folgt besonderen Regeln:

Ihrem **Wesen** nach ersetzt die Rechtsfigur der mutmaßlichen Einwilligung eine tatsächlich erteilte Einwilligung des Betroffenen, welche nicht erteilt wurde 6). Ihre rechtfertigende Wirkung tritt ein, wenn die Handlung dem hypothetischen, d.h. dem objektiv zu vermutenden, **Willen** des Verletzten **und** seinem wohlverstandenen **Interesse** entspricht 7).

---

3) Dies entspricht - im Gegensatz zu einer früher vertretenen Literaturmeinung (vgl. die Nachweise bei Röttgen, Der Eingriff, 1937, S. 26 f) - der herrschenden Lehre: vgl. etwa Jescheck, Lehrbuch, § 34 VII 2, S. 310; Baumann, Lehrbuch, § 21 II 5 a), S. 342; Wagner, Selbstmord, 1975, S. 69; Günther, Strafrechtswidrigkeit, 1983, S. 351; Barnikel, Probleme, in: Med. Welt 1973, S. 838 ff (838 a.E.); Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift Welzel, 1974, S. 447 ff (452)

4) Schönke/Schröder/Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff StGB Rdnr. 56 m.w.N.

5) Etwa Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift Welzel, 1974, S. 447 ff (449)

6) Vgl. etwa Baumann, Lehrbuch, § 21 II 5 b), S. 343; Blei, Strafrecht AT, 1983, § 38 II, S. 138

7) Schönke/Schröder/Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff StGB Rdnrn. 54 ff; Baumann, Lehrbuch, § 21 II 5 b), S. 343

1. Objektives Interesse

Diese Funktion der mutmaßlichen Einwilligung zeigt, daß gravierende Operationen unter Berufung auf **diese** Rechtsfigur nicht schon dadurch zu legitimieren sind, daß sie dem Patienten das Leben retten sollen. Denn es bedeutet eine Unterstellung, davon auszugehen, daß jeder Mensch in jeder Situation an seinem Leben hängt **8)**. Gleichwohl halten einige Autoren in lebensbedrohlicher Lage das objektive Interesse des Patienten - für das sie die Lebensrettung ansehen - für die Richtschnur ärztlichen Vorgehens allein **9)**.

2. Zu vermutender Wille

Indessen kann nur dann, wenn ein entgegenstehender Wille vor der Operation nicht erkennbar war, aufgrund der lebensbedrohlichen Lage eine Einwilligung vermutet werden. Zwar wird vertreten, der hypothetische Wille habe hinter den objektiven Interessen des Patienten zurückzutreten, wenn es um die Abwendung von Todesgefahr geht **10)**. Eine solche Betrachtungsweise kann aber allzu leicht dazu führen, daß die mutmaßliche Einwilligung als Deckmantel für die eigene Vernunftho-

---

8) Von Kenne, in: Eid/Frey (hg.), Sterbehilfe, 1978, S. 97 ff (110)

9) Vgl. etwa: Engisch, Ärztlicher Eingriff, in: ZStW 58 (1939), S. 1 ff (50); Ders., Die rechtliche Bedeutung, 1958, S. 19; Barnikel, Probleme, in: Med. Welt 1973, S. 838 ff (838).
Aus dem medizinischen Schrifttum: Fritsche, Grenzbereich, 1973, S. 43; Opderbecke, Grenzen, in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 136 ff (140)

10) So offenbar Noll, Tatbestand, in: ZStW 77 (1965), S. 1 ff (26 f); ferner Schwalm, Sechzehn Thesen, in: Krankenhausarzt 33 (1960), S. 87f (These 13), der bei Gefahr im Verzug den hypothetischen Willen des Patienten nicht berücksichtigen will

heit des Arztes mißbraucht wird 11). Auch mit der Rechtsfigur eines "vernünftigen Patienten" läßt sich nicht arbeiten 12). Dies begegnet durchschlagenden Bedenken im Hinblick auf den verfassungsrechtlich verankerten Schutz der Selbstbestimmung 13).

Es kommt vielmehr auf die zu vermutende, persönliche Einstellung des betroffenen Patienten an 14). Dabei schadet es nichts, wenn sich diese Vermutung später als unrichtig erweist 15). Ergeben sich nach Prüfung des individuellen, hypothetischen Willens konkrete Anhaltspunkte, die eine Ablehnung der Operation durch den Patienten als möglich erscheinen lassen würden 16), so verbietet sich ein Rückgriff auf mutmaßliche Einwilligung. Denn die Zustimmung kann dann konkret eben

---

11) Eser, Neues Recht, in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 392 ff (402); Ähnlich Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 84 der in solchen kritischen Situationen den Anwendungsbereich der mutmaßlichen Einwilligung für überschritten hält

12) Laufs, NJW 1984, 1383 ff (1388) lehnt diese Rechtsfigur als "Kunstfigur" generell ab

13) Vgl. MünchKomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 457

14) Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift Welzel, 1974, S. 447 ff (449); Engisch, Konflikte, in: Festschrift Dreher, 1977, S. 309 ff (317); Eser, Aufklärung, in: Anästhesiologie und Intensivmedizin 20 (1979), S. 211 ff (213); Bockelmann, Strafrecht, 1968, S. 65; Hanack, in: Hiersche (hg.) Euthanasie, 1975, S. 121 ff (143); vgl. auch RG Z 151, 349 ff (354 f)

15) Schönke/Schröder/Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff StGB Rdnr. 58; Roxin, aaO

16) Zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens, etwa aufgrund antizipierter Willensäußerungen; dazu unten, § 3 I 2

nicht vermutet werden 17). Damit gibt der hypothetische wirkliche Wille des Kranken den Ausschlag und nicht die von ihm vernünftigerweise zu erwartende Zustimmung 18). Gerade in Situationen, in denen es um Leben und Tod geht, verdient auch der unvernünftige, höchstpersönliche Wille des Kranken Beachtung 19). Unter dem Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung läßt sich dieser Wille - trotz mangelnder Aktualität - bei entsprechenden Anhaltspunkten nicht übergehen.

II. Rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB)

Der strafrechtliche Rechtfertigungsgrund des rechtfertigenden Notstandes enthält in § 34 StGB einen weit gefaßten Wortlaut 20) und bildet so eine lex generalis, die bedeutsam wird, wo andere Rechtfertigungsgründe versagen. Ihre Relevanz für eigenmächtige Operationen gravierender Art ist daher nicht zu verkennen.

1. Notstandslage

Die Situation des Notstands kennzeichnet eine gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut, die nur durch strafrecht-

---

17) Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, in: ZStW 73 (1961), S. 341 ff (378); Müller, Zur strafrechtlichen Regelung, in: Saarländ. Ärzteblatt 24 (1971), S. 558 ff (560); Deutsch, NJW 1979, 1905 ff (1909)

18) Vgl. noch Engisch, Die rechtliche Beurteilung, in: Heidelberger Jahrbücher, Bd. IV (1960), S. 47 ff (52); Bockelmann, Der ärztliche Heileingriff, in: ZStW 93 (1981), S. 105 ff (120)

19) Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift Welzel, 1974, S. 447 ff (468 f)

20) Vor seiner Kodifizierung war der "übergesetzliche rechtfertigende Notstand" praeter legem anerkannt; vgl. dazu: Grundlegend RG St 61, 242 ff; Maurach/Zipf, AT-1, S. 395; ausführlich Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965

lich relevante Beeinträchtigung eines anderen Rechtsgutes abgewendet werden kann 21).
Besteht eine solche Kollisionslage, so hängt die Rechtfertigung von einer zweifachen - kumulativ gestuften - Wertung ab, bei der die eine das Rangverhältnis der kollidierenden Interessen (Interessenabwägungsklausel des § 34 S. 1 StGB) und die andere die sozialethische Angemessenheit der Tat (Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB) erfaßt 22).

2. Interessenabwägungsklausel (§ 34 Satz 1 StGB)

Ausgangspunkt für die Abwägung der in der Notstandslage widerstreitenden Interessen ist der abstrakte Wert der Rechtsgüter im Sinne der Güterabwägungstheorie. Dabei ist zunächst das allgemeine Rangverhältnis der unmittelbar kollidierenden Güter maßgeblich 23), falls sich ein solches aufstellen läßt. Anhaltspunkte hierfür bilden die anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit 24) oder, falls die Rechtsgüter strafrechtlichen Schutz genießen, die Strafandrohungen der einschlägigen Normen 25).

---

21) Vgl. etwa: Schönke/Schröder/Lenckner, § 34 StGB Rdnrn. 8 ff

22) Vgl. Wessels, AT, S. 69; Amelung/Schall, JuS 1975, 565 ff (569); Dreher/Tröndle, § 34 StGB Rdnrn. 12 ff; Grebing, GA 1979, 81 ff (93 f); Jescheck, Lehrbuch, S. 291; Stratenwerth, Lehrbuch, S. 141 ff

23) Dreher/Tröndle, § 34 StGB Rdnr. 10; Hirsch, LK, vor § 51 StGB Rdnrn. 64 f; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 90 ff; Samson, SK, § 34 StGB Rdnr. 11

24) Vgl. Schönke/Schröder/Lenckner, § 34 StGB Rdnr. 44

25) RG St 61, 242 ff (255); Welzel, Lehrbuch, § 14 IV; Maurach/Zipf, AT-1, § 27 III 5 b); Schönke/Schröder/Lenckner, § 34 StGB Rdnr. 43

Neben dem absoluten Rang der Rechtsgüter kommt es ferner darauf an, inwieweit diese in der konkreten Situation schutzwürdiger sind 26). Dazu bedarf es zum einen bei Rechtsgütern, die nicht immer denselben Wert verkörpern, einer Bestimmung des Grades ihrer Schutzwürdigkeit in der **konkreten** Erscheinungsform 27). So ist eine Körperverletzung nicht schon deshalb gerechtfertigt, weil sie das einzige Mittel zur Rettung des aus abstrakter Sicht höherwertigen Rechtsgutes **Leben** ist. Vielmehr können die Umstände des Einzelfalles dem Gut einen anderen Stellenwert zumessen 28).

Zum anderen ist bedeutsam, welche Interessen die Betroffenen im Einzelfall tatsächlich haben und berechtigterweise haben dürfen 29). Dabei ist die Schutzwürdigkeit eines Rechtsgutes **individuell**, d.h. aus dem Blickwinkel des Inhabers, und **objektiv**, d.h. vom Standpunkt der Rechtsordnung als ganzer, zu ermitteln 30). Das kann im Einzelfall dazu führen, daß der Wille eines Rechtsgutsinhabers völlig irrelevant wird 31). Die Individualisierung ergibt sich aus einer ausgewogenen Würdigung der Gesamtumstände 32).

Schließlich verlangt die Interessenabwägung gemäß § 34

---

26) Vgl. nur Dreher/Tröndle, § 34 StGB Rdnr. 9

27) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 98; Schönke/Schröder/Lenckner, § 34 StGB Rdnr. 25

28) Schönke/Schröder/Lenckner, § 34 StGB Rdnr. 25

29) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 99 bei Fußnote 70 m.w.N.

30) OLG Frankfurt, NJW 1979, 1172 f (1173); Lenckner, 1965, S. 99

31) Als Beispiel bringt Lenckner, 1965, S. 99 den Fall, daß ein Lebensmüder zur Verhinderung seines Selbstmords vorübergehend eingeschlossen wird

32) Im Einzelnen: Schönke/Schröder/Lenckner, § 34 StGB Rdnrn. 26-41

Satz 1 StGB, daß das geschützte Gut das beeinträchtigte **wesentlich** überwiegt. Die herrschende Meinung verlangt einen klaren Rechtswertunterschied, der das Ergebnis der Abwägung nahezu eindeutig erscheinen läßt 33).

3. Angemessenheitsklausel (§ 34 Satz 2 StGB)

Weitere Voraussetzung schließlich ist die Angemessenheit der Tat. Dieses Merkmal besitzt eine Sammelfunktion und hat Grenzfälle auszusieben, die zwar die Interessenabwägung bestanden haben, aber dennoch nicht als gerechtfertigt erscheinen 34). Im Rahmen von § 34 Satz 2 StGB besteht die Möglichkeit, oberste Werte und Leitprinzipien der Gemeinschaftsordnung wie Menschenwürde, personale Autonomie, Rechtsstaatlichkeit, Gerechtigkeit etc. zu berücksichtigen 35).

III. Gewohnheitsrecht

Vertritt man die Auffassung, daß der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 des Grundgesetzes im Strafrecht nicht gilt 36), so besteht die Möglichkeit gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigung gravierender lebensnotwendiger Operationen. Das Gewohnheitsrecht als Unrechts-

---

33) Vgl. etwa: Küper, GA 1983, 289 ff (296 ff); Dreher/Tröndle, § 34 StGB Rdnr. 8 sowie die bei Schönke/Schröder/Lenckner, § 34 StGB Rdnr. 45 Genannten

34) Maurach/Zipf, AT-1, § 27 III 6; Dreher/Tröndle, § 34 StGB Rdnrn. 13-17

35) Vgl. Grebing, Grenzen des rechtfertigenden Notstandes im Strafrecht, in: GA 1979, 81 ff (93)

36) Wohl herrschende Meinung: BGH St 13, 197 ff (198); Jescheck, Lehrbuch, § 31 III 2, S. 444; Wagner, Selbstmord, 1975, S. 70 f

ausschließungsgrund im Strafrecht hat jedoch durch die gesetzliche Fixierung des rechtfertigenden Notstandes in § 34 StGB stark an Bedeutung verloren 37). Seine Voraussetzungen -allgemeine Übung **sowie** allgemeine Anerkennung durch die Rechtsgemeinschaft - wurden namentlich in überkommenen Lehrmeinungen bejaht:

1. Wahres Wohl des Patienten

So hielt man den ärztlichen Heileingriff bereits dann für nicht rechtswidrig, wenn er dem Interessenschutz des Betroffenen diene 38). Der Arzt habe eine objektiv vernünftige Entscheidung über die gesundheitlichen Interessen des Kranken zu treffen.
Da diese Auffassung das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht beachtet, wird sie heute nicht mehr vertreten.

2. Ärztliches Berufsrecht

Weiterhin ist versucht worden, die Rechtfertigung gegen den Willen des Kranken vorgenommener Operationen aus einem ärztlichen Berufsrecht herzuleiten 39). Zur Begründung wurde auf die Fälle verwiesen, in denen ärzt-

---

37) Wagner, Selbstmord, 1975, S. 71

38) Vgl. etwa Röttgen, Der Eingriff, 1937, S. 27 ff m.w.N.

39) Diese Auffassung wurde vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung abgelehnt: RG ST 25, 375 ff (380); 74, 91 ff (95); 74, 350 ff (354); RG DR 1942, 333, RG DR 1943, 579; vgl. dazu Röttgen, Der Eingriff, 1937, S. 35 ff m.w.N.

liche Zwangsbefugnisse gesetzlich geregelt waren 40). Aus diesen Vorschriften könne allgemein entnommen werden, daß Zwangsbehandlungen zur Abwendung von der Allgemeinheit drohenden Gefahren erlaubt seien. Im Sinne der nationalsozialistischen Idee wurde daraus die These entwickelt, der Wille sei unbeachtlich, wenn er im Widerspruch zu den Interessen der Volksgemeinschaft stehe 41).

Daß ein Arzt allein aufgrund seines Berufes zu schwerwiegenden Operationen berechtigt sei, läßt sich überzeugend nicht begründen. Eine solche These vernachlässigt das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit des Patienten in unerträglicher Weise und wird daher auch in jüngerer Zeit nicht mehr vertreten.

3. Operationen bei Suizidpatienten

Der Prämisse des Bundesgerichtshofes folgend, der im Selbstmord einen Verstoß gegen das Sittengesetz erblickt 42), hält eine Auffassung Suizidverhütung durch

---

40) Vgl. dazu aus dem geltenden Recht: § 101 Abs. 1 Satz 2 StVollzG; § 17 Abs. 4 SoldatenG; § 17 GeschlKrG; § 81 a StPO; §§ 32 Abs. 2, 34 Abs. 1 Satz 3 BSeuchenG; vgl. auch zur gesetzlichen Regelung der Zwangssterilisation de lege ferenda Horn, ZRP 1983, 265 f (266); Diese Vorschriften tragen dem Selbstbestimmungsrecht heute weitestgehend Rechnung; schwerwiegende Eingriffe jedenfalls dürfen eigenmächtig nicht durchgeführt werden; vgl. aber Hirsch, LK, § 226 a StGB Rdnr. 37 a.E.

41) Röttgen, Der Eingriff, 1937, S. 41 f wörtlich: "Das Recht der persönlichen Freiheit tritt zurück gegenüber der Pflicht zur Erhaltung der Gesamtheit (Hitler, Mein Kampf, S. 279)." Röttgen schließt daraus, Operationen seien gegen den Willen des Patienten erlaubt, wenn jener durch seine Verweigerung sich der Kriegspflicht entziehen wolle (S. 42)

42) BGH St 6, 147 ff (153)

ärztliche Eingriffe kraft Gewohnheitsrechts für gerechtfertigt, weil entweder der Suizident kein anerkanntes Selbstbestimmungsrecht besitze oder Suizidversuche überwiegend in krankhaftem Zustand begangen würden 43).

Ohne bereits an dieser Stelle auf die Problematik der Operationen von Suizidpatienten einzugehen 44), ist dazu zu bemerken, daß diese Fälle durchaus den geltenden Strafgesetzen zugeordnet werden können und es daher eines Rückgriffs auf Gewohnheitsrecht nicht bedarf.

IV. Rechtfertigung aufgrund § 323 c StGB

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, die den Suizidversuch als Unglücksfall begreift und dem Arzt die Pflicht auferlegt, dem Suizidenten auch gegen seinen Willen mit einer lebensnotwendigen Operation zu helfen 45), gab Anlaß dazu, das strafrechtliche Rettungsgebot des § 323 c StGB als Rechtfertigungsgrund zu interpretieren 46).
Da diese Auffassung allerdings nicht generell Gültigkeit beansprucht, sondern nur Suizidpatienten betrifft, erübrigt sich hier eine nähere Auseinandersetzung mit ihr; an anderer Stelle wird darauf zurückzukommen sein 47).

---

43) Wagner, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975, S. 70 ff (73)

44) Dazu ausführlich unten, Vierter Teil

45) Grundlegend BGH (GrS) St 6, 147 ff

46) Wagner, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975, S. 57

47) Unten, Vierter Teil, § 3 IV

§ 2 Rückgriff auf andere Rechtfertigungsgründe bei bloß fehlender Einwilligung

Nach Darlegung der einzelnen Strafunrechtsausschließungsgründe geht es im folgenden um die Erlaubtheit schwerwiegender, zur Lebensrettung erforderlicher Operationen, zu denen eine wirksame Einwilligung des Patienten nicht erklärt ist. Eine kurze Beleuchtung dieser Situation dient dem besseren Verständnis der eigentlichen Problematik, die bei verweigerter Einwilligung entsteht.

Gegenstand der Betrachtung sind Fälle, in denen der Patient entwede seine Einwilligung **tatsächlich** überhaupt nicht erteilen konnte oder die Einwilligungserklärung als solche zwar vorliegt, aber **aus Rechtsgründen** keine Wirkungen entfaltet. Wenn die Operation zur Lebensrettung medizinisch geboten ist, spricht man hier häufig von "Gefahr im Verzug" 48).

I. Tatsächliche Gründe für das Fehlen der Einwilligung

Beruht das Fehlen der Einwilligungserklärung auf Bewußtlosigkeit des Kranken 49), so sind zwei Fallvarianten zu unterscheiden:

---

48) Etwa: Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 61 f; Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 82 unter Hinweis auf RG Z 151, 349 ff

49) Alternativ dazu bleibt neben der noch zu behandelnden Einwilligungsverweigerung nur der unten, unter 3. zu erörternde Fall übrig

1. Bewußtlosigkeit vor Operationsbeginn

Beinahe täglich werden Krankenhausärzte damit konfrontiert, daß Menschen - etwa nach einem Verkehrsunfall - lebensgefährlich verletzt und in bewußtlosem Zustand oder mit einem Schock ins Krankenhaus eingeliefert werden. Die notwendige Operation muß dann auch ohne Einwilligung durchgeführt werden.

Offenkundig sind derartige Eingriffe, die Leben retten sollen, grundsätzlich erlaubt und können nicht vom Strafrecht verboten werden. In dieser Situation kann sich der Arzt auf **mutmaßliche Einwilligung** berufen 50). Denn es bedeutet keine unzulässige Unterstellung, sondern entspricht lebensnaher Betrachtungsweise, die Zustimmung eines Verletzten zu lebensnotwendigen Maßnahmen selbst dann anzunehmen, wenn eine gravierende Operation unvermeidbar ist.

Eines Rekurses auf **rechtfertigenden Notstand** bedarf es damit regelmäßig nicht mehr 51). Doch ist seine Anwendung neben mutmaßlicher Einwilligung nicht ausgeschlossen 52). Die Voraussetzungen des § 34 StGB liegen

---

50) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 61 a.E. f; Ders., Rechtliche Grundlagen, in: NJW 1961, 945 ff (949); Engisch, Ärztlicher Eingriff, in: ZStW 58 (1939), 1 ff (46); ferner RG Z 151, 349 ff (354 f)

51) Schönke/Schröder/Lenckner, § 34 StGB Rdnrn. 6 u. 8; Lackner, § 34 StGB Anm. 2 c)

52) Die mutmaßliche Einwilligung als speziellerer Rechtfertigungsgrund schließt den allgmeineren § 34 StGB jedenfalls nicht logisch aus (dazu Seelmann, Das Verhältnis, 1978, S. 30 f, 69); teilweise wird sie gar für einen Unterfall des § 34 StGB gehalten (Seelmann, aaO S. 31 Fußnote 43); Bockelmann, NJW 1961, 945 ff (949)

ebenfalls vor 53): Das geschützte Rechtsgut **Leben** dürfte **in solchen Fällen** das beeinträchtigte Rechtsgut der **körperlichen Unversehrtheit wesentlich überwiegen.** Denn eine dem lebensnotwendigen Eingriff entgegenstehende und auf Erhalt der Unversehrtheit gerichtete Selbstbestimmung ist konkret nicht erkennbar. Und wegen der Höherbewertung des Heilzweckes läuft ein mutmaßlich entgegenstehender Wille im Rahmen der Güterabwägung praktisch leer 54).

2. Operationserweiterungen

Probleme können ferner entstehen, wenn sich bei einem schon narkotisierten Patienten im Verlauf der Operation herausstellt, daß eine gravierende, von der erteilten Einwilligung nicht gedeckte Erweiterung des Eingriffs vital indiziert ist, der erweiterte Eingriff nicht vorherzusehen war und - etwa wegen zu hohen Narkoserisikos - nicht verschoben werden kann 55). Gerichtsentscheidungen betreffen derartige Fälle häufiger 56).

---

53) Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 84 nimmt ausschließlich rechtfertigenden Notstand an

54) Vgl. Geilen, Einwilligung, 1963, S. 142 f; ähnlich Engisch, Suizid, in: Eser (hg.) Suizid und Euthanasie, 1976, S. 312 ff (318)

55) Vgl. oben, Einleitung, § 1 I, Fälle 1-3

56) Etwa: RG Z 151, 349 ff (dazu Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 84 ff eingehend); LG Düsseldorf, NJW 1961, 2064 f; LG Mannheim, VersR 1981, 761 ff; OLG Frankfurt, NJW 1981, 1322; BGH St 11, 111 ff; BGH NJW 1977, 337 ff; vgl. auch Laufs, NJW 1982, 1319 ff (1322); ausführlich Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 129 ff

Zur Rechtfertigung solcher Operationserweiterungen wird - in Parallele zu der unter 1. beschriebenen Situation - überwiegend auf **mutmaßliche Einwilligung** zurückgegriffen 57). Hilfsweise wird auch der **rechtfertigende Notstand** herangezogen 58). Jedenfalls aber besteht Klarheit darüber, daß hier die Lebenserhaltungspflicht des Arztes Vorrang genießt und den Eingriff erlaubt 59).

3. Unterbliebene Einholung der Einwilligung

Neben Bewußtlosigkeit oder schockbedingter Handlungsunfähigkeit kann schließlich das Fehlen einer Einwilligungserklärung darauf beruhen daß ihre Einholung - sei es absichtlich oder wissentlich (etwa aus Sorge, der Patient könne den lebensnotwendigen Eingriff ablehnen), sei es versehentlich 60) - unterblieben ist.
Wurde die Einwilligung nicht eingeholt, obwohl die Möglichkeit dazu bestand, so scheidet eine anderweitige Rechtfertigung auch einer vital indizierten Operation aus. Andernfalls wäre der aktuelle, tatsächliche Wille des Kranken in lebensbedrohlichen Situationen bedeutungslos, sein Recht auf Selbstbestimmung würde mißachtet.

---

57) Bockelmann, Strafrecht, 1968, S. 61 f; Ders., NJW 1961, 945 ff (949); Kohlhaas, Medizin und Recht, 1969, S. 129 f; Deutsch, NJW 1979, 1905 ff (1908); Engisch, ZStW 58 (1939), 1 ff (46 f); Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341 ff (377 f); Hirsch, LK, § 226 a StGB Rdnr. 35

58) So namentlich Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 87; vgl. ferner die bei Hirsch, LK, § 226 a StGB Rdnr. 35 genannten

59) Kohlhaas, Medizin und Recht, 1969, S. 130; aus dem medizinischen Schrifttum halten Operationserweiterungen ohne besondere Angabe des Erlaubnisgrundes für gerechtfertigt: Arbab-Zadeh/Prokop/Reimann, Rechtsmedizin, 1977, S. 491; Schwerd, Rechtsmedizin, 2. Aufl. 1976, S. 276

60) Die beiden Fälle unterscheiden sich allerdings in ihrer strafrechtlichen Relevanz; dazu oben, Erster Teil, § 3 I 2 a) bei Fußnote 121

So läßt sich auf **mutmaßliche Einwilligung** hier nicht zurückgreifen. Nach wohl herrschender Meinung besitzt die zu vermutende gegenüber der tatsächlichen Einwilligung subsidiären Charakter 61). Daher kann sich auf jene nur berufen, wem die tatsächliche Zustimmung deshalb nicht vorliegt, weil sie nicht eingeholt werden konnte 62).

Auch **rechtfertigender Notstand** erlaubt solche Operationen nach zutreffender Auffassung nicht 63). Denn wenn auf den wirklichen Willen kein Wert gelegt wird, findet eine konkrete Güterabwägung zwischen dem Leben des Patienten und seinem Selbstbestimmungsrecht gar nicht statt.

II. Fehlen einer rechtswirksamen Einwilligungserklärung

Andererseits kommt es vor, daß zwar rein tatsächlich eine Einwilligung erklärt ist, nachträglich jedoch begründete Zweifel an ihrer Rechtswirksamkeit aufkommen. Besitzt etwa ein Minderjähriger nicht die erforderliche Einsichtsfähigkeit und Reife, obwohl davon zunächst auszugehen war, oder hatte der Patient von Art, Umfang

---

61) Baumann, Lehrbuch, § 21 II 5 a), S. 342 a.E. bei Fußnote 131; Warda, Zur Konkurrenz, in: Festschrift Maurach, 1972, S. 143 ff (167 a.E. f); Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift Welzel, 1974, S. 447 ff (450 f)

62) Warda, aaO S. 168 bei Fußnote 62

63) Geilen, JZ 1971, 41 ff (46 m.w.N. in Fußnote 37); Hirsch, LK, § 226 a StGB Rdnr. 35; Warda, aaO S. 168 bei Fußnote 63; Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978, S. 70 bei Fußnote 79; wohl auch Wessels, AT, 1983, § 8 II 4, S. 71; ausdrücklich offengelassen von Peters, "Wertungsrahmen", in: GA 1981, 445 ff (466 bei Fußnote 77)

und Zweck der Operation eine völlig irrige Vorstellung 64), so bedarf der operative Eingriff zu seiner Legitimation eines anderen Unrechtsausschließungsgrundes.

Hier greifen nach überwiegender Auffassung entsprechend den soeben 65) geschilderten Fällen zugunsten des Arztes entweder **mutmaßliche Einwilligung** 66) oder **rechtfertigender Notstand** 67) ein. Einigkeit besteht aber darin, daß lebensnotwendige Operationen, die mit einer aus Rechtsgründen wirkungslos gebliebenen Einwilligung durchgeführt wurden, unter dem Gesichtspunkt der Gefahr im Verzug erlaubt sind 68).

---

64) Vgl. hierzu oben, Zweiter Teil, § 2 III **sowie** unten, § 3 III; eingehend dazu Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 20 ff; Kühne, JZ 1979, 241 ff)

65) unter I 1 und 2

66) So die herrschende Meinung; vgl. etwa; RG St 61, 242 ff (256); RG Z 151, 349 ff (354); 163, 129 ff (138); BGH Z 29, 46 ff (52); 29, 176 ff (185); eher zum rechtfertigenden Notstand tendierend: BGH NJW 1966, 1855 f; ferner: Dreher/Tröndle, § 223 StGB Rdnr. 9; Hirsch, LK, § 226 a StGB Rdnr. 35; Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341 ff (377 f)

67) So eine starke Literaturmeinung: Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 84 ff, 87; Ders., Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 113 f; Grünwald, Heilbehandlung, in: Göppinger (hg.), Arzt und Recht, 1966, S. 125 ff (134); Göppinger, Die Aufklärung und Einwilligung, in: Fortschritte der Neurologie 24 (1956), S. 53 ff (97); Baumann, NJW 1958, 2092 ff (2094); Geilen, Einwilligung, 1963, S. 148; Hardwig, GA 1965, 166 f

68) Allgemein: Arbab-Zadeh/Prokop/Reimann, Rechtsmedizin, S. 491; Schwerd, Rechtsmedizin, 2. Aufl. 1976, S. 276

§ 3 Rechtliche Anforderungen an die Beachtlichkeit einer Einwilligungsverweigerung

Grundlegend anders stellt sich das Problem bei verweigerter Einwilligung. **Gegen den Willen** des Patienten darf sich der Arzt **prinzipiell nicht** stellen. Das gilt allgemein für jede Behandlung, erst recht daher bei gravierenden Operationen. Die Frage kann nur sein, ob in lebensbedrohlichen Situationen ausnahmsweise andere Erlaubnissätze als die Einwilligung eingreifen, die diese trotz entgegenstehenden Willens des Patienten ersetzen können. Zunächst bedarf daher näherer Klärung, unter welchen Voraussetzungen der Arzt den Willen des Kranken zu beachten hat, der die schwerwiegende Operation trotz Lebensgefahr ablehnt.

Das dem Grundgesetz zu entnehmende und von Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannte 69) Selbstbestimmungsrecht fordert nur die Beachtung des **wirklichen** Willens. Deshalb muß sichergestellt werden, daß dieser wirkliche Wille des Patienten zur Grundlage der ärztlichen Entscheidung wird, sei er zustimmend oder ablehnend. Eine genaue Eingrenzung der Situationen, in denen eine Einwilligungsverweigerung angenommen werden muß, besitzt namentlich für die Praxis große Bedeutung. Denn solche Einwilligungsverweigerungen bergen eine doppelte Gefahr: Einmal für den Patienten, dessen möglicherweise leichtfertige und nicht so ernstlich gemeinte Äußerungen ihn vielleicht das Leben kosten. Und zum andern für den Arzt, der bei der Unterlassung ebenso wie bei der Durchführung vital indizierter Operationen immer gleichsam mit einem Fuß im Gefängnis steht. Die Voraussetzungen einer Einwilligungsverweigerung müssen daher vom Arzt klar erkannt und eindeutig

---

69) Vgl. oben, Zweiter Teil, § 1 I 1

bestimmt werden können und ihm Richtlinien an die Hand geben, die sich als praktisch brauchbar erweisen.

Ausgangspunkt muß die Überlegung sein, daß die Einwilligung zur lebensnotwendigen Operation dem Lebenserhaltungsinteresse des Kranken dient, während die Einwilligungsverweigerung diesem Interesse entgegenwirkt. Aus der härteren Konsequenz, die eine Ablehnung mit sich bringt, läßt sich folgern, daß für eine rechtswirksame Einwilligungs**verweigerung wenigstens dieselben Mindestvoraussetzungen** zu fordern sind, die an die **Erteilung** der Einwilligung geknüpft werden. Zusätzlich ergeben sich dabei Besonderheiten aus der Eigenart der Einwilligungsverweigerung.

I. Die Erklärung der Verweigerung

Wie bereits die Einwilligung, so erfordert auch die Verweigerung einer lebensnotwendigen Operation eine **Erklärung**, mit der der Patient sein Selbstbestimmungsrecht ausübt. Wegen ihrer weitreichender Konsequenz unterliegt eine derartige Erklärung bestimmten Anforderungen.

Teilweise entsprechen diese Voraussetzungen denen der Einwilligungserklärung.
So ist die ablehnende Willensäußerung an den Arzt zu richten, gegenüber dem auch die Einwilligung zu erklären gewesen wäre 70). Dies ist regelmäßig der Operateur oder der die Amnanese erhebende bzw. das Aufklärungsgespräch führende Mediziner. Denn die Erklärung muß unmittelbar dort zugehen, wo sie beachtet werden soll.

---

70) Siehe oben, Zweiter Teil, § 2 I

Ferner läßt sich eine einmal erklärte Ablehnung vom Patienten jederzeit - auch durch schlüssiges Verhalten - wieder rückgängig machen, da in diesem Fall die ärztlichen Bemühungen um Lebenserhaltung mit dem Wunsch des Kranken wieder übereinstimmen. Verändert sich allerdings während der zeitlichen Verzögerung der Krankheitszustand negativ, so fällt das allein in den Verantwortungsbereich des Kranken.

Andererseits gelten für die Verweigerungserklärung nicht generell dieselben Regeln wie für die Erteilung der Einwilligung. Diese Besonderheiten werden im Folgenden behandelt.

1. Erfordernis der Ausdrücklichkeit

Während die Einwilligung auch konkludent erteilt werden kann, **71)**, ist die Verweigerung ausdrücklich zu erklären. Ließe man nämlich eine schlüssige Erklärung ausreichen, so wären verhängnisvolle Mißverständnisse unvermeidlich. Der Arzt müßte immer befürchten, folgenschwere Fehler bei der Ermittlung des Patientenwillens zu begehen. Einerseits bestünde die Gefahr, den Umständen oder dem Verhalten des Patienten eine in Wirklichkeit nicht gewollte Verweigerung seiner Zustimmung zu entnehmen, so daß auf die Chance, mit einer Operation sein Leben zu retten, irrtümlich verzichtet würde. Dieser Irrtum würde sich unkorrigierbar zum Nachteil des betroffenen Kranken auswirken. Und andererseits drohten dem Arzt, der fälschlicherweise von einer Einwilligung ausginge, strafrechtliche Konsequenzen. Judikatur und Rechtslehre haben deshalb mit der Möglichkeit, die Einwilligung auch konkludent zu erklären, weder beabsichtigt noch inzidenter eingeräumt, daß dies auch für eine Verweigerung Gültigkeit haben sollte.

---

71) Siehe oben, Zweiter Teil, § 2 I bei Fußnoten 27 f

Eine Beachtlichkeit konkludenter Verweigerungen könnte überdies nicht akzeptiert werden. Sonst bestünde im Einzelfall eine unerträgliche Rechtsunsicherheit darüber, welches Verhalten vom Arzt zu verlangen wäre. Denn es würde nicht genügen, das Verhalten des Patienten lediglich festzustellen; vielmehr müßte es darüberhinaus noch richtig bewertet werden. Von dieser Bewertung hinge die Strafbarkeit des Arztes ab. Ein solches Ergebnis indessen läßt sich mit dem verfassungsrechtlich verankerten Bestimmtheitsgrundsatz nicht mehr vereinbaren. Bereits diese Aspekte verbieten es danach, schlüssige Verweigerungen als gültig zu betrachten. Zudem erscheint dies aber auch sachgerecht, denn häufig ist wegen Bewußtlosigkeit oder mangelnder Urteilsfähigkeit der gegenwärtige wirkliche Wille des Kranken durch Befragung nicht zu ermitteln. Sollte hier auch eine schlüssige Verweigerung gültig sein, so würde das einen unzulässigen Rekurs auf den mutmaßlichen entgegenstehenden Willen bedeuten.

Gleichwohl bemüht man sich, den vermutlichen eigenen Willen des Patienten zu ermitteln. Dazu befürworten Rechtsprechung und Literatur häufig die Befragung der nächsten **Angehörigen** 72). Das wird damit begründet, die Verwandten stünden dem Kranken persönlich nahe und könnten so dem Arzt am ehesten mitteilen, ob jeder - könnte er befragt werden - mit der Vornahme der betreffenden Operation vermutlich einverstanden wäre.

---

72) Vgl. etwa: BGH Z 29, 46 ff (51 f); BGH Z 29, 176 ff (185); Eser, Aufklärung und Einwilligung bei Intensivtherapie, in: Anästhesiologie und Intensivmedizin 20 (1979), S. 211 ff (213); Barnikel, Probleme, in: Med. Welt 1973, S. 838 ff (839); Deutsch, NJW 1980, 1305 ff (1307 f); Opderbecke, Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht, in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 136 ff (140); siehe auch die Richtlinien für die Sterbehilfe der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften, hg. am 5. 11. 1976

Andere Anhaltspunkte als diese Berichte der Angehörigen stehen bei Unfallpatienten regelmäßig nicht zur Verfügung.
Ergibt die Anhörung der Angehörigen, daß der Patient die Zustimmung zu der gravierenden Operation versagt hätte, so stellt sich die Frage, ob aufgrund der Möglichkeit, von Angehörigen Informationen über den mutmaßlich entgegenstehenden Willen zu erlangen, von dem Grundsatz der Unbeachtlichkeit konkludent erklärter Verweigerungen abzugehen ist.

Das ist zu verneinen. Denn damit würde praktisch die höchstpersönliche Entscheidung des Kranken durch die Berichte der Verwandten über seine hypothetische Einstellung ersetzt, wobei sich zwischen mitgeteilten Tatsachen und eigener Wertung der Mitteilenden nur schwer differenzieren ließe. Der hier von dem Betroffenen selbst verlangte Entschluß, der seinen eigenen Körper und sein Leben betrifft, läßt eine Stellvertretung nicht zu 73).
Schließlich sind die von den Verwandten gesprächsweise erhaltende Informationen nur von zweifelhaftem Wert. Zwar mag ein naher Verwandter den Patienten regelmäßig besser kennen als der Notarzt. Äußerungen von Angehörigen können indessen **zumindest auch** von Motiven geprägt sein, welche eine eigene Entscheidung des Kranken nicht getragen hätten. So bewirken etwa persönliche Animositäten oder konkrete Erbschaftsaussichten bisweilen, daß der Wille des Betroffenen leichtfertig oder sogar wider besseres Wissen als ablehnend

---

73) Eser, Grenzen, in: Lawin/Huth (hg.), Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 ff (83 bei Fußnote 13)

dargestellt wird 74). Umgekehrt kann auch eine Schilderung der Einstellung des Kranken, die einem Eingriff positiv gegenübersteht, auf unedlen Motiven beruhen, etwa wenn zur Erhaltung eines Rentenanspruches oder wegen der Durchführung einer finanziellen Transaktion ein Ableben des Patienten ungünstig erscheint 75). Daher kommt der Befragung Verwandter bei der Ermittlung der hypothetischen Entscheidung des Patienten allenfalls der Charakter eines **Indizes für** eine zu vermutende **Erteilung der Einwilligung** zu 76); der Schluß auf eine **Verweigerung** ist dagegen **nicht** möglich.

Nach alledem bleibt festzuhalten: Nur eine **ausdrücklich** erklärte Weigerung, die Einwilligung zu einer lebensnotwendigen gravierenden Operation zu erteilen, enthält eine eindeutige Willensbekundung, so daß die Gefahr von Mißverständnissen und Unterstellungen nicht mehr besteht.

2. Wirksamkeit vorweggenommener Verweigerungserklärungen

Neben der Problematik der Beachtlichkeit konkludenter Einwilligungsverweigerungen stellt sich als nächstes die Frage, ob eine Verweigerung auch dann rechtswirksam

---

74) Auer/Menzel/Eser, Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, 1977, S. 116 f; Fritsche, Grenzbereich zwischen Leben und Tod, 1973, S. 49 f, 80; Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 125 Fußnote 262

75) Kohlhaas, Rechtsfragen, in: Festschrift Sarstedt, 1981, S. 133 ff (141); Eser, Grenzen, in: Lawin/Huth (hg.), Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 (82 f)

76) Auer/Menzel/Eser, Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, 1977, S. 145

sein kann, wenn sie im voraus gleichsam prophylaktisch erklärt wird, ohne daß konkret eine Operation ansteht.

Um zu verhindern, daß im Falle von Bewußtlosigkeit oder Rechtsunwirksamkeit von Erklärungen der Arzt allein die höchstpersönliche Entscheidung über eine lebensverlängernde Maßnahme - gegebenenfalls eine Operation - trifft, ist man neuerdings dazu übergegangen, im voraus für solche Fälle schriftlich zu fixieren, was nach dem eigenen freien Willen dann geschehen soll. Derartige, in den USA unter dem Stichwort **"living will"** gebräuchliche Erklärungen 77) sind in der Bundesrepublik Deutschland unter Bezeichnungen wie **"Patientenbrief", "Patienten-"** oder **"Euthanasietestament"** bekannt geworden 78). Tragender Gedanke ist die Bemühung, dem - potentiellen - Patienten die Möglichkeit zu bieten, im Grenzbereich zwischen Leben und Tod mit der ärztlichen Behandlung auch sein eigenes Schicksal weitgehend selbst zu bestimmen.

Von seinem Regelungszweck her meint das Patiententestament die hier behandelten Fälle zur Lebens**rettung** notwendiger Operationen gravierenden Ausmaßes primär wohl nicht. Erreicht werden soll vielmehr ein Unterlassen lebens**verlängernder** ärztlicher Maßnahmen ganz all-

---

77) Die Form des sog. "living will" ist im amerikanischen Bundesstaat Kalifornien durch Gesetz zugelassen; vgl. Deutsch, NJW 1979, 1905 ff (1908); siehe dazu ferner Uhlenbruck/Rollin, Sterbehilfe und Patiententestament, 1983, S. 71

78) Der Patientenbrief wurde in seiner Entwicklung namentlich von Uhlenbruck geprägt; vgl. etwa: Uhlenbruck, Der Patientenbrief, in: NJW 1978, 566 ff; dazu etwa Schara, Das Recht des Kranken auf seinen Tod, in: Schara (hg.), Humane Intensivtherapie, 1982, S. 19 ff (27 f); vgl. ferner Rollin, Patientenbrief, in: Dtsch. Ärzteblatt 1979, 2276

gemein im Sinne einer (passiven) Sterbehilfe 79). Die Begriffe "Lebensrettung" und "Lebensverlängerung" differieren. Während der Begriff der Lebensverlängerung eine infauste Prognose 80) impliziert, besteht eine solche bei gravierenden Operationen gerade nicht, da um den Preis einer Verstümmelung das Leben gerettet werden soll. Das Patiententestament mit seiner ursprünglichen Konzeption paßt daher nicht 81).

Gleichwohl bleibt eine schriftliche Erklärung, mit der auch gravierende, eine Verstümmelung bewirkende Operationen im voraus abgelehnt werden, - sei es im Rahmen eines Patiententestamentes, sei es unabhängig davon nach seinem Muster - durchaus denkbar, so daß sich die Frage nach der Rechtsgültigkeit einer derartigen Erklärung stellt. Die im Schrifttum geführte Diskussion um das Patiententestament verdient dabei Beachtung.

a) Keine notwendige Identität mit dem aktuellen (heutigen) Willen

Wesentliche Relevanz für die Beachtlichkeit einer schriftlichen Einwilligungsverweigerung besitzt der Zeitpunkt ihrer Erklärung. Denn Vorwegnahme bedeutet Verschiebung der Entscheidung in eine völlig andere Situation. Der Erklärende beurteilt als Gesunder - oder jedenfalls als (noch) nicht Todkranker - die Lage anders als

---

79) Der Komplex "Euthanasie" soll hier nach der Themenstellung gerade nicht behandelt werden

80) Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 1982, S. 983: verzweifelte Prognose

81) Vgl. das Muster eines Patiententestamentes bei Uhlenbruck/Rollin, Sterbehilfe und Patiententestament, 1983, S. 131 f (insbesondere Punkt IV.)

dann, wenn sie konkret und unausweichlich eingetreten ist und sich nur die harte Alternative "Tod oder verstümmeltes Weiterleben" stellt. Dieser Gedanke führt bei den Kritikern des Patiententestamentes zu folgender Überlegung: Auch wenn vor Eintritt der Lebensgefahr ein entgegenstehender Wille ausdrücklich erklärt werde, so sei doch in der Praxis stets ein Willenswandel des Patienten zugunsten seines Lebens anzunehmen 82). Man müsse berücksichtigen, daß sich die psychische Situation des Kranken im Zweifel gegenüber seinem Normalzustand stark verändert habe 83) und die Bewertungskriterien nicht mehr die gleichen seien. Derartige hypothetische Entscheidungen seien deswegen "im Grunde irreal" 84).

Gegen diese Auffassung wird angeführt, der einmal gefaßte freie Entschluß eines zum Sterben bereiten Menschen könne auch im Zustand der Bewußtlosigkeit noch fortwirken 85); an seiner Beachtlichkeit habe sich grundsätzlich nichts geändert 86). Um die Erklärung aktuell zu halten, sei vorgesehen, sie in bestimmten Zeitabständen

---

82) Kohlhaas, Lebenserhaltungspflicht, in: Dtsch. Med. Wschr. 1965, 318 ff (320 a.E.); Ders., NJW 1973, 548 ff (549); vgl. aber Schünemann, VersR 1981, 306 ff (309)

83) v. Kenne, in: Eid/Frey (hg.), Sterbehilfe, 1978, 97 ff (110); Fritsche, Das Recht, in: Fritsche u.a., Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod, 1977, S. 1 ff (12)

84) Eser, Grenzen, in: Lawin/Huth (hg.), Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 ff(81 f)

85) Löwe/Rosenberg/Dünnebier, Strafprozeßordnung, § 119 Rdnr. 180 a.E.

86) Göppinger, Die Aufklärung, in: Fortschritte 24 (1956), S. 53 ff (88); MünchKomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 453

zu erneuern 87). Freilich bleibe stets konkret unter Abwägung aller sich bietender Umstände zu prüfen, ob der Patient die Ablehnung in der besonderen Lage aufrechterhalten oder widerrufen haben würde 88).

Zu dieser Kontroverse ist zu bemerken: Eine feste Regel, mit der anhand antizipierter Äußerungen der aktuelle gegenwärtige Wille bestimmt werden könnte, läßt sich nicht aufstellen. Weder ändert der Erklärende in lebensbedrohlicher Lage **immer** seine frühere ablehnende Einstellung. Noch ist auf der anderen Seite **stets** davon auszugehen, daß der in gesundem Zustand gefaßte Entschluß, in solchen Fällen nicht operiert werden zu wollen, in der kritischen Situation weiterhin noch Gültigkeit besitzen soll.
Daran würde auch eine Erneuerung der Unterschrift in bestimmten kürzeren Zeitabständen im wesentlichen nichts ändern, da die hiermit beabsichtigte Aktualisierung nicht erreicht werden könnte. Es kommt nämlich nicht auf das Alter der abgegebenen Erklärung, sondern auf die **Vergleichbarkeit der Situation** an, aus der heraus sie entstanden ist. Es sind Fälle bekannt, in denen der Gesunde anders entschieden hat als der Moribunde. Das müssen auch die Verfechter der Patiententestamentes einräumen 89).

---

87) Vgl. dazu Kutzner, Die Verfügung zu Lebzeiten, in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 363 ff; Uhlenbruck/Rollin, Sterbehilfe und Patiententestament, 1983, S. 131 f

88) Schwalm, Grenzen, 1961, S. 32 f; Bockelmann, Verlängertes Leben, in: Wiener Med. Wschr. 1976, S. 145 ff (148); Deutsch; NJW 1979, 1905 ff (1908); vgl. aber Möllering, Schutz des Lebens, 1977, S. 52 f

89) Etwa Uhlenbruck, Der Patientenbrief, in: NJW 1978, 566 ff (568)

Ferner liefe eine hypothetische Prüfung, ob der ablehnende Wille als fortwirkend gelten soll oder nicht, im Ergebnis auf die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligungsverweigerung hinaus. Der mutmaßliche entgegenstehende Wille wird aber, wie oben **90)** dagelegt, aus Gründen der Rechtssicherheit nicht berücksichtigt.
Die genannte Prüfung würde zudem den Sinn der vorweggenommenen schriftlichen Fixierung erheblich relativieren **91)**. Der Schluß auf eine Verweigerung der konkret notwendig gewordenen Operation ließe sich aus keinem der schriftlich niedergelegten Punkte ziehen. Vielmehr müßte die Gültigkeit jeder einzelnen Passage neu untersucht werden.
Zusammenfassend läßt sich damit festhalten, daß der Inhalt der schriftlichen antizipierten Verweigerungserklärung mit dem aktuellen Willen des Patienten nicht notwendig übereinstimmen muß.

b) Bedeutung als Indiz für den aktuellen Willen

Gleichwohl braucht eine solche Willensbezeugung nicht völlig überflüssig zu sein **92)**. Sie kann vielmehr als Anhaltspunkt für den wirklichen Willen des Kranken im Zeitpunkt der unmittelbar bevorstehenden Operation dienen. Immerhin ist anzunehmen, daß einer derartigen schriftlich fixierten vorweggenommen Willensäußerung ein in freier Willensbildung gereifter und ernstzunehmender Entscheidungsprozeß vorausgegangen ist. Ist diese Entscheidung zugunsten der notwendigen Operation aus-

---

90) Dazu soeben, § 3 I 1

91) Eser, Grenzen, in: Lawin/Huth (hg.), Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 ff (82)

92) Eser, Grenzen, in: Lawin/Huth (hg.), Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 ff (82)

gefallen - also bei antizipierter Einwilligung -, soll sie sogar die Vermutung ihres Fortbestandes bis zum Widerruf erzeugen 93). Damit verbietet es sich, die antizipierte Ablehnung als höchstpersönliche Entscheidung des Betroffenen einfach zu übergehen. Vielmehr enthält sie ein wichtiges **Indiz**, welches beim Schluß auf den gegenwärtigen wirklichen Willen des Patienten Beachtung verdienen sollte 94).

c) Beachtlichkeit bei Fehlen durchschlagender Gegenindizien

Erkennt man jene Indizwirkung auch an, so bleibt fraglich, ob antizipierte Ablehnungen grundsätzlich vom Arzt respektiert werden müssen. Dazu wird der Standpunkt vertreten, jene Äußerungen müßten als gewichtiges Indiz für die Beibehaltung der Verweigerung den Ausschlag geben, wenn nichts dafür spricht, daß der Kranke in der gegenwärtigen Situation seine Einstellung zu der ärztlichen Maßnahme geändert haben würde 95). So könne beispielsweise der Arzt keine Willensänderung bei einem Zeugen Jehovas unterstellen, obwohl er genau wisse, daß dieser Bluttransfusionen auch bei Lebensgefahr strikt ablehne 96).

---

93) Vgl. etwa Deutsch, Der Zeitpunkt, in: NJW 1979, 1905 ff (1906)

94) Etwa Goll, Behandlungspflicht, in: Arztrecht 15 (1980), S. 319 ff (323); Eser, Grenzen, in: Lawin/Huth (hg.), Grenzen, 1982, S. 77 ff (81 f); weitergehend Uhlenbruck, Der Patientenbrief, in: NJW 1978, 566 ff (569)

95) Vgl. Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, in: ZStW 73 (1961), 341 ff (378)

96) Hardwig, Betrachtungen, in: GA 1965, 161 ff (167) will dieses Argument allgemeingültig verstanden wissen

Ob solche Überlegungen unter dem Aspekt "Sterbehilfe" einen Behandlungsabbruch rechtfertigen können, wenn keine reelle Genesungschance mehr besteht, mag hier dahinstehen. Bei lebensnotwendigen Operationen jedenfalls, die schwer wiegen und voraussichtlich Verstümmelungen bewirken, wäre ein Gebot zu zwingender Beachtung vorweggenommener Ablehnungen verfehlt. Denn hier besteht die Wahl zwischen Sterben oder möglicherweise gesundem Weiterleben - wenn auch in verstümmeltem Zustand -, während es dort nur um eine Verlängerung des Sterbeprozesses geht. Beide Situationen unterscheiden sich also grundlegend.

Aufgrund der positiven Prognose, die im Falle der Durchführung der gravierenden Operation ein Weiterleben in Aussicht stellt, besitzt die Entscheidung des Patienten für oder gegen den Eingriff existentiellen Charakter. Daher läßt sich mit einer Vermutung für die Beibehaltung der einmal erklärten Verweigerung nicht operieren. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, daß der Mensch daran interessiert ist, am Leben zu bleiben. In lebensbedrohlicher Lage besteht immer zumindest die ernstzunehmende Möglichkeit, daß sich der Kranke entgegen früherer Äußerungen für sein Leben entscheidet. Danach spricht bei antizipierter Verweigerung der Einwilligung eher eine **Vermutung für** eine **Änderung** der getroffenen Entscheidung als für ihre Beibehaltung.

Hinzu kommt die Einzigartigkeit der kritischen Situation, in der sich derjenige befindet, der sein Leben in Gefahr sieht. Die von ihm nunmehr geforderte Entscheidung kann erfahrungsgemäß auf völlig anderen Motiven ruhen als die in gesundem Zustand angestellten theoretischen Überlegungen. Eine bedenkenlose Übertragung der

vorweggenommenen Ablehnung in die konkrete Situation der Lebensgefahr scheidet wegen dieser Unterschiedlichkeit ohnehin aus. Auch die Indizwirkung der antizipierten Verweigerung reicht nicht aus, um auf eine gegenwärtige Beibehaltung der Ablehnung zu schließen. Dieser Schluß wäre wirklichkeitsfremd 97). Er würde lediglich eine **psychologische Fiktion** bedeuten, die den wirklichen Willen des Betroffenen nicht wiederspiegelt.
Schließlich bleibt zu bedenken, daß dem Arzt strafrechtliche Konsequenzen drohten, wenn er die lebensnotwendige Operation ohne Rücksicht auf frühere entgegenstehende Erklärungen seines Patienten durchführte. Bei den dargelegten Zweifeln an der Übereinstimmung von früher geäußertem und wirklichem Willen läßt sich nicht vertreten, die Durchführung der Operation trotz antizipierter Verweigerung sei strafbar, zumal dem Arzt seine Berufs- und Standespflichten den Schutz menschlichen Lebens als vornehmste und wichtigste Aufgabe gebieten.

Für den Bereich lebensnotwendiger gravierender Operationen ist nach alledem festzuhalten, daß vorweggenommene Einwilligungsverweigerungen als nicht beachtlich anzusehen sind.

II. Die Fähigkeit zur Verweigerung

Die Verweigerungserklärung ist nur zu berücksichtigen, wenn der Erklärende die erforderliche Willensfähigkeit besitzt. Es kommt darauf an, ob er imstande ist, die

---

97) Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift Welzel, 1974, S. 447 ff (469); vgl. ferner Kreuzer, Ärztliche Hilfeleistungspflicht, in: Mergen (hg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band II, 1971, S. 217 ff (236); Möllering, Schutz des Lebens, 1977, S. 55; Eser, in: Auer/Menzel/Eser, Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, 1977, S. 113; Laufs, Arztrecht, Rdnr. 211; differenzierend Wilts, MDR 1971, 92 ff (93)

Tragweite der anstehenden Operation zu erfassen und sich ein begründetes Urteil zu bilden.
Damit ist allerdings noch nicht gesagt, daß jeder einwilligungsfähige Patient auch immer zu einer beachtlichen Einwilligungsverweigerung fähig ist. Vielmehr ist zwischen voll- und minderjährigen Patienten zu differenzieren.

1. Der minderjährige Patient

Wie bereits oben 98) dagelegt, ist ein minderjähriger Patient nur dann in der Lage, seine Selbstbestimmung wirksam auszuüben, wenn er die erforderliche Reife und damit die entsprechende Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt. Doch auch bei vorhandener Einsichtsfähigkeit besteht ein weitgehend ungeklärtes Problem darin, ob der reife Minderjährige auch eine lebensnotwendige Operation mit bindender Wirkung verweigern kann. Einer Wirksamkeit seiner Verweigerung könnten nämlich das elterliche Erziehungsrecht oder die staatliche Fürsorgepflicht entgegenstehen. Diese Problematik bedarf deswegen einer gesonderten Untersuchung 99).

2. Der volljährige Patient

Da der erwachsene Patient hingegen auch bei lebensbedohlicher Erkrankung grundsätzlich mündig bleibt, genügt im Gegensatz zum Minderjährigen für die Wirksamkeit seiner Verweigerungserklärung das Vorhandensein von Einsichts- und Urteilsfähigkeit im vorgenannten Sinne.
So wird der Arzt beispielsweise bei einem Unfallpatienten eine ausdrückliche Versagung der Einwilligung zu

---

98) Dazu oben, Zweiter Teil, § 2 II

99) Siehe **unten, Dritter Teil, § 5**

beachten haben, wenn dieser bei vollem Bewußtsein in die Klinik eingeliefert wird und, ohne unter Schockeinwirkung zu stehen, einen wachen, ansprechbaren und voll orientierten Eindruck macht 100).

Eine besondere Konstellation besteht in der Geschwulstchirurgie. Hier ist fraglich, auf welchen Zeitpunkt hinsichtlich der Feststellung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit abzustellen ist. Es ist nämlich bei schwer an Krebs Erkrankten mindestens regelmäßig 101) bereits frühzeitig entsprechend dem zu erwartenden Krankheitsverlauf abzusehen, ob in einem künftigen Krankheitsstadium eine gravierende Operation zur Lebenserhaltung erforderlich werden wird. Deshalb wird ein solcher Patient seinen Willen schon frühzeitig zu erkennen geben. Das spezielle Krankheitsbild bringt es jedoch mit sich, daß die Willensfähigkeit häufig bis zum Zeitpunkt der Operation verlorengeht. Verweigert der Patient in frühem Stadium seine Einwilligung, so entspricht es wohl der ärztlichen Praxis, auf den Eintritt der Willensunfähigkeit zu warten, eine mutmaßliche Willensänderung anzunehmen und zu operieren. Begründet wird solches Verhalten mit der ärztlichen Berufspflicht, Leben zu erhalten, wenn noch eine positive Prognose gestellt werden kann. Zur Rechtfertigung beruft man sich dabei meist auf mutmaßliche Einwilligung im Zeitpunkt der Operation, wo bereits Willensunfähigkeit eingetreten ist. Die Praxis bedient sich auch der Möglichkeit, einen Pfleger oder Vormund zu bestellen, der die Einwilligung im Namen des Patienten erteilt.

---

100) Vgl. Krey, BT-1, S. 66, Fall 19

101) Anders die in der Einleitung geschilderten Fälle 1 und 2

Ohne auf die Problematik der Sterbehilfe einzugehen, die nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist 102), dürfte auf diese Weise dem Selbstbestimmungsrecht des Kranken nicht hinreichend Rechnung getragen werden. Die Entscheidung über das "Ob" der Operation muß, soweit nur eben möglich, maßgeblich von dem höchstpersönlichen Willen des Betroffenen geprägt sein.

Daher erscheint es sachgerecht, maßgeblich auf die Äußerungen des Moribunden zurückzugreifen, die jener in noch urteilsfähigem Zustand abgegeben hat. Widerspricht der Kranke nach reiflicher Erwägung wesentlicher Gesichtspunkte einer Operation, die in Zukunft an ihm notwendig werden wird, so verdient diese Entscheidung auch bei später eingetretener Willensunfähigkeit noch Beachtung, weil sie als Ausdruck der höchstpersönlichen Einstellung des Betroffenen zu dieser wichtigen Frage gewertet werden muß.

Im Gegensatz zur antizipierten Verweigerung der Einwilligung in schriftlichen Erklärungen fehlt einer solchen Entschließung auch nicht die erforderliche Aktualität. Denn der Patient trift sein Urteil in der **latent vorhandenen** lebensbedrohlichen Lage selbst und nach umfassender Information über seinen Zustand und den zu erwartenden Krankheitsverlauf. Es bedeutet hier keine Fiktion, den einmal geäußerten ablehnenden Willen als fortdauernd zu unterstellen. Der Kranke entscheidet nicht über eine unwahrscheinliche und theoretische Möglichkeit, sondern über die Vornahme einer Operation, die bei fortschreitender Krankheit mit Gewißheit geboten sein wird, um sein Leben zu erhalten. Insofern gibt eine unter solchen Umständen in urteilsfähigem Zustand erklärte Verweigerung den tatsächlichen Willen des Betroffenen rechtlich einwandfrei wieder.

---

102) Zur Sterbehilfe vgl. etwa Geilen, Euthanasie und Selbstbestimmung, 1975

III. Die Freiheit von wesentlichen Willensmängeln

Zu einer rechtsgültigen Verweigerung ist ein fehlerfrei gebildeter Wille erforderlich. Dieser setzt seinerseits voraus, daß die Sachlage von dem Betroffenen richtig und vollständig beurteilt wird. Der Patient kann einen rechtlich fehlerfreien Willen nur bilden, wenn er die tatsächlichen Umstände der Operation - Art, Umfang, Tragweite sowie Chancen und Risiken des Eingriffs - wenigstens laienhaft zutreffend erkennt und eine eigene Vorstellung entwickeln kann.

1. Mögliche Willensmängel wegen unzureichender Aufklärung bei Lebensgefahr

Der umfassenden Information des Patienten über Umstände und Folgen der Operation kann entgegenstehen, daß vor einem lebensnotwendigen Eingriff nur unzureichend aufgeklärt wird, so daß Willensmängel entstehen können.

a) Keine ausführliche Risikoaufklärung

Im Prinzip verlangt zwar die Gültigkeit der zu treffenden Willensentschließung eine Aufklärung des Patienten durch Operateur oder Anästhesisten über die wesentlichen und typischen, mit dem Eingriff verbundenen Gefahren, um auf diese Weise sicherzustellen, daß die Bedeutung der Operation insgesamt begriffen wird und das verfassungsrechtlich verankerte Selbstbestimmungs-

recht sachgerecht ausgeübt werden kann 103). Im einzelnen richtet sich dabei der Umfang der geforderten Aufklärung nach Art und Bedeutung der anstehenden Operation 104).

Die Aufklärungspflicht entfällt jedoch, wenn der Kranke erkennbar darauf verzichtet, aufgeklärt zu werden 105). Ein solcher Verzicht erlangt namentlich in lebensbedrohlichen Situationen Bedeutung 106). Denn verlangt der Zustand des Patienten aus medizinischer Sicht zwingend eine Operation, so halten Rechtsprechung und Lehre eine Selbstbestimmungsaufklärung für entbehrlich 107). Das wird damit begründet, dem Patienten biete sich vernünf-

---

103) Diese Aufklärungspflicht ist heute ganz herrschende Meinung; vergleiche nur BVerfG NJW 1979, 1929 ff; RG ST 25, 375 ff; 66, 181 ff; BGH St 11, 111 ff; OLG Hamm MDR 1963, 520 f; Bodenburg, Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: NJW 1981, 601 ff; Deutsch, NJW 1979, 1905 ff sowie NJW 1980, 1305 ff; Schönke/Schröder/Eser, § 223 StGB Rdnrn. 40 ff; ausführlich Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963; Baur, in: Arzt und Krankenhaus 1977, 34 ff sowie 1981, 309 ff

104) Vgl. dazu Laufs, Arztrecht, Rdnrn. 107 ff

105) BGH Z 29, 46 ff (54); Schwalm, Grenzen, 1961, S. 29 f; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 59

106) Nach Auffassung von Schwalm, Grenzen, 1961, S. 39 f ist bei Lebensgefahr immer von einem Aufklärungsverzicht auszugehen; vgl. auch BGH NJW 1973, 556 ff (558)

107) Vgl. dazu OLG Karlsruhe VersR 1978, 769 (2. Leitsatz); OLG Hamm VersR 1981, 686 ff (687); BGH VersR 1956, 449 f (450); BGH St 12, 379 ff (382); BGH NJW 1984, 1395 ff (1396); aus der Literatur: Bockelmann, Strafrecht, 1968, S. 59; Eser, Aufklärung, in: Anästhesiologie und Intensivmedizin 20 (1979), S. 211 ff (216); Deutsch, VersR 1981, 293 ff (295); Schwalm, Sechzehn Thesen, in: Krankenhausarzt 33 (1960), S. 87 f (These 12 b); Ders., MDR 1960, 722 ff (725); Laufs, Arztrecht, Rdnr. 159.
Anderer Ansicht ist Engisch, Die rechtliche Bedeutung, 1958, S. 12 f

tigerweise eine echte Wahlmöglichkeit nicht, da ihn ohne den Eingriff der Tod erwarte **108)**. Eine Verweigerung der Einwilligung in dieser Situation, die ein völlig unvernünftiges Verhalten darstelle, brauche nicht noch durch eine ausführliche Schilderung der Operation mit all ihren Risiken künstlich provoziert zu werden.
Dem ist zuzustimmen, denn seltenere Risiken, Gefahren eines Mißerfolges oder unerwünschte Nebenfolgen der Operation, die nicht in besonderem Maße ins Gewicht fallen, verlieren angesichts vorhandener Lebensgefahr an Bedeutung. Daher darf angenommen werden, daß solche Umstände für eine sachgerechte eigenverantwortliche Entscheidung keine tragende Rolle spielen und damit als Nebenfaktoren hier ausnahmsweise außer Acht gelassen werden können.

b) Notwendige Information über den zu erwartenden postoperativen Zustand

Um allerdings sein Selbstbestimmungsrecht auch in Lebensgefahr verantwortungsvoll ausüben zu können, muß der Kranke Diagnose, Art des Eingriffs sowie den voraussichtlichen postoperativen Zustand wenigstens laienhaft begreifen, um überhaupt zu wissen, worüber er entscheidet. Hierzu dient das vor der Operation zu führende Aufklärungsgespräch des Arztes mit dem urteilsfähigen und ansprechbaren Patienten. Sind ihm in diesem Gespräch die wesentlichen Dinge vom Arzt mitgeteilt worden, so beruht seine Einwilligungsverweigerung insoweit nicht auf falschen Vorstellungen.

---

108) Vgl. Arzt/Weber, LH 1, 2. Aufl. 1981, Rdnr. 325; ausführlich Tempel, NJW 1980, 609 ff (611 f)

2. Mögliche Willensmängel durch ärztliche Beeinflussung

Beim Aufklärungsgespräch mit einem lebensgefährlich Erkrankten befindet sich der Arzt häufig in einer schwierigen Lage. Denn er muß dem Patienten einerseits eingehend die Erforderlichkeit der Operation aufgrund der gestellten Diagnose klarmachen, andererseits darf er dabei die erheblichen Folgen des Eingriffs und seine offenkundigen Gefahren nicht verschweigen. So trifft der Arzt nicht selten bei einem unvorbereiteten Patienten auf Erschrockenheit, aus der heraus die Einwilligung verweigert wird.

In dieser Situation gebieten dem Arzt seine Standespflichten **109)**, alles zu tun, um den Patienten von seinem Entschluß abzubringen. Mit Geduld und psychologischem Einfühlungsvermögen kann er dabei auf die Möglichkeit und Chancen der modernen Prothetik und anderer technischer Hilfen zur Bewältigung des Lebens mit der durch die Operation entstehenden Behinderung hinweisen.

Solche ärztlichen Einwirkungen auf den Willensbildungsprozeß dienen zwar dem Patienten und bringen zusätzliche wichtige Erwägungen in seine Überlegungen ein. Sie können jedoch auch dazu führen, daß der Patient verwirrt wird und seine Entscheidung nicht mehr fehlerfrei und eigenverantwortlich trifft. Deshalb ist bei einer derartigen Beeinflussung des Patientenwillens durch den Arzt Vorsicht geboten. Der Arzt sollte immer Respekt vor der persönlichen Entscheidung des Kranken haben. Dies gilt umso mehr, als eine rechtliche Verpflichtung des Arztes, den Patienten von einer einmal gefaßten

---

109) Vgl. den hippokratischen Eid; abgedruckt bei Laufs, Arztrecht, vor S. 1; eine solche Berufspflicht nehmen an: BGH VersR 1954, 98 sowie Deutsch, Aufklärungspflicht, in: Chirurg 50 (1979), 193 ff (196)

ablehnenden Haltung abzubringen und zu einer Sinnesänderung zu bewegen, nicht besteht 110). Denn zum einen ergibt sich aus § 323 c StGB eine gesteigerte Rechtspflicht des ärztlichen Berufsstandes zu psychischem Beistand in derartigen Ausnahmesituationen nicht 111). Zum anderen bestünde ein unerträglicher Widerspruch zu der vom Arzt geforderten Achtung vor dem Willen des Kranken, wenn man nunmehr von ihm eine massive Einwirkung auf dessen Willensbildung verlangen würde.

3. Erfordernis der Ernstlichkeit

Weitere Wirksamkeitsvoraussetzung einer rechtsfehlerfreien Verweigerungserklärung ist deren Ernstlichkeit.
Den Entschluß zu einer Verweigerung darf man als Ausdruck des ernstlichen Willens betrachten, wenn die tragenden Gesichtspunkte der Entscheidung erkennbar werden und die Weigerung fundiert und wirklich beabsichtigt erscheint. Von einer solchen ernstgemeinten und eigenverantwortlichen Entscheidung ist auszugehen, wenn der Kranke die Operation ruhig und bestimmt verbietet, so daß dieses Verhalten gleichsam als das Ergebnis reiflicher Erwägungen erscheint.
Angesichts der Tragweite der zu treffenden Entscheidung erscheint es notwendig, daß der Entschluß auf Dauer ausgerichtet ist und nicht lediglich als Ausdruck einer vorübergehenden Stimmung zu werten ist. Dabei ist zu berücksichtigen, daß eine solche Verweigerung regelmäßig das Ergebnis eines ausführlichen praeoperativen Gespräches mit dem Arzt bildet. Dem Patienten steht damit ein längerer Zeitraum zur Verfügung, während dessen er die Möglichkeit hat, die Ernstlichkeit seines Entschlußes nochmals eingehend zu prüfen und letzte Zweifel auszuräumen. Vor der Mitteilung seiner Ent-

---

110) Offengelassen von BGH JZ 1983, 151 ff (152)

111) Vgl. dazu auch Kreuzer, 1965, S. 61 ff

scheidung an den Arzt hat er dabei jederzeit die Möglichkeit, diese noch zu korrigieren oder einen fälschlicherweise während des Aufklärungsgespräches entstandenen Eindruck richtigzustellen. Wegen dieser Möglichkeit ist das Festhalten des Patienten an seinem Entschluß als Indiz dafür anzusehen, daß dieser Ausdruck seines ernstlich gemeinten Willens ist.

IV. Kein Verstoß des unterlassenen Eingriffs gegen die guten Sitten

Weitere Voraussetzung einer wirksamen Einwilligungsverweigerung ist, daß die darauf beruhende Nichtvornahme der Operation mit den guten Sitten in Einklang steht. Im Fall der Einwilligung verlangt § 226 a StGB den Einklang der Tat mit den guten Sitten, während es auf eine Sittenwidrigkeit nur der Einwilligung nach ganz herrschender Auffassung nicht ankommt **112)**. Die Vorschrift des § 226 a StGB bezweckt nämlich nur, daß durch die Beeinträchtigung des Rechtsgutes selbst keine Anstößigkeit entstehen soll. Die Motive dagegen, aus denen heraus der Rechtsgutverzicht hingenommen wird, können im Einzelfall sittenwidrig sein **113)**, ohne daß dies der rechtfertigenden Wirkung schadet.
Zur Frage der Notwendigkeit einer Übereinstimmung der hier behandelten Verweigerung der Einwilligung mit den guten Sitten ergibt der Wortlaut des § 226 a StGB zwar keine Anhaltspunkte. Gleichwohl ist wegen der bestehenden Parallelität zur Einwilligung auch bei ihrer Umkehrung ein Einklang mit dem Sittengesetz zu fordern. Dabei kann es jedoch nicht auf die Sittenwidrigkeit

---

112) Vgl. etwa: RG St 74, 91 ff (95); BGH St 4, 88 ff (91); Hirsch, LK, 10. Aufl. 1981, § 226 a StGB Rdnr. 7 m.w.N.; Jescheck, Lehrbuch, S. 308

113) Etwa die Einwilligung in eine Blutentnahme gegen einen Wucherpreis

der Versagung ankommen, sondern nur darauf, ob der mit der Unterlassung einer vital indizierten Operation herbeigeführte Zustand des Kranken das Anstandsgefühl verletzt. Denn auch hier soll entsprechend § 226 a StGB nur das entstehende Ergebnis betrachtet und bewertet werden, nicht dagegen die individuelle Motivation, die im Einzelfall zur Verweigerung geführt hat. Das ergibt sich aus dem Sinn der § 223 ff StGB; die Versagung der Einwilligung bezweckt die Erhaltung des in diesen Vorschriften geschützten Rechtsgutes. Dieser Schutz betrifft aber nur die Bewahrung des erwünschten Zustandes; er betrifft dagegen nicht die Beweggründe, aus denen heraus dieses Ziel erreicht wird. So bedarf allein der Erhalt der körperlichen Unversehrtheit auf Kosten des Lebens, das durch äußere Umstände in Verlust zu geraten droht, der Überprüfung auf Übereinstimmung mit den guten Sitten.

Bei einer solchen Bewertung ist zwischen dem trotz vitaler Indikation eines gravierenden Eingriffs unoperierten Körper des Kranken und seinem Zustand nach durchgeführter Operation zu unterscheiden. In beiden Fällen ergibt eine Überprüfung nach sittlichen Maßstäben, daß das Anstandsgefühl nicht verletzt wird. Dies zeigen die folgenden Erwägungen:
Weder läßt sich grundsätzlich sagen, die **Durchführung** solcher Operationen errege wegen ihrer verstümmelnden Folgen Anstoß **114)**. Die Absicht, Leben zu retten, nimmt im Bewußtsein der Bevölkerung einen hohen Rang ein; sie wird als moralisch und ethisch erstrebenswert betrach-

---

114) Vgl. dazu etwa: Horn, JuS 1979, 29 ff (30), Hruschka, JR 1978, 519 ff (521); Roxin, JuS 1964, 373 ff (375 f); Siebert, Dissertation, 1982, S. 195 ff

tet. Erfahrungsgemäß entscheidet sich die ganz überwiegende Mehrzahl der in Lebensgefahr schwebenden Patienten dafür, die medizinisch notwendige Operation vornehmen zu lassen. Als geringere Beeinträchtigung wird dabei eine körperliche Verstümmelung bewußt in Kauf genommen, zumal die entstehende Behinderung durch die moderne Prothetik in Grenzen gehalten werden kann. Eine in diesem Sinne getroffene Entscheidung wird somit durchaus als "normal" empfunden. Ihr Ergebnis - der postoperative Zustand - verletzt damit grundsätzlich nicht das Anstandsgefühl.

Ob in Grenzfällen ausnahmsweise ein Sittenverstoß darin liegen kann, daß der durch die Operation bewirkte Zustand des Patienten seiner Menschenwürde widerspricht - man denke dabei an eine nahezu völlige Verstümmelung des Kranken, beispielsweise im Falle der Amputation mehrerer Gliedmaßen oder bei Vornahme einer sogenannten Hemikorporektomie 115) -, soll hier dahinstehen 116).

Auf der anderen Seite begründet auch der durch die **Unterlassung** der Operation weiterbestehende lebensgefährliche Zustand des Kranken keinen Sittenverstoß. Es ist ethisch nicht zu mißbilligen, wenn der Patient infolge Versagung der Einwilligung unoperiert bleibt, auch wenn er zu sterben droht. Zwar wird es im Bewußtsein der billig und gerecht denkenden Bevölkerung grundsätzlich als natürlich und normal betrachtet, zur Abwendung von Todesgefahr alles nur mögliche zu unternehmen. In einer

---

115) Dazu oben, Einleitung, § 1 I Fall 5

116) Zur Behandlung dieser besonderen Frage bedürfte es einer ausführlichen Auseinandersetzung damit, ob jede nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft technisch durchführbare Operation unabhängig von dem durch sie herbeigeführten Zustand des Kranken ethisch zu billigen ist (vgl. dazu Auer/Menzel/Eser, zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe , 1977, wo diese Problematik aus ethischer Sicht ausführlich behandelt wird)

Ausnahmesituation anders zu entscheiden wird als ungewöhnlich, bisweilen auch als unverständlich angesehen. Daraus folgt indes noch nicht, daß in solchen Fällen das allgemeine sittliche Empfinden gestört wäre. So selbstverständlich ärztliche Operationen auch sind, sie bleiben doch Privatsache des Einzelnen; dies gilt gerade dann, wenn sie Verstümmelungen bewirken würden, also wesentliche Körperteile operativ entfernt werden sollen. Es als anstößig zu empfinden, wenn der Kranke unoperiert bleibt und deshalb zu sterben droht, hieße eine höchstpersönliche Angelegenheit zu einer Sache der Allgemeinheit machen.
Ein Verstoß gegen die guten Sitten durch eine unterbliebene gravierende Operation ist mithin nicht feststellbar, auch wenn jene zur Lebensrettung medizinisch geboten ist.

V. Zusammenfassung

Ähnlich wie die Erteilung der Einwilligung entfaltet auch ihre Verweigerung bei lebensnotwendigen gravierenden Operationen nur unter bestimmten Voraussetzungen Rechtswirkungen. Sie muß ausdrücklich erklärt werden; eine antizipierte, vor Eintritt der lebensbedrohlichen Lage geäußerte Erklärung genügt nicht. Erforderlich ist weiterhin die natürliche Fähigkeit, die Bedeutung der Operation zu erkennen und zu beurteilen. Dazu dient die Aufklärung, die sich im Falle der Lebensgefahr jedoch nicht auf alle denkbaren Risiken, sondern nur auf den wesentlichen postoperativen Zustand des Kranken sowie Art und Umfang des Eingriffs erstrecken muß. Eine daraufhin ausgesprochene Weigerung, die Operation durchführen zu lassen, ist rechtswirksam, wenn sie ernstlich erklärt wird. Sie führt nicht zu einem den guten Sitten widersprechenden Zustand.

§ 4 Ausscheiden anderer Rechtfertigungstatbestände bei wirksamer Einwilligungsverweigerung

Versagt der Patient wirksam seine Zustimmung zu einer lebensnotwendigen gravierenden Operation, so kann sich der Arzt jedenfalls nicht auf den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung berufen. Möglicherweise stehen ihm jedoch andere Rechtfertigungstatbestände zur Verfügung.

Von den in § 1 erwähnten Rechtfertigungsgründen, die neben der Einwilligung geeignet wären, einen Unrechtsausschluß bei gravierenden Operationen zu begründen, scheiden die gewohnheitsrechtlichen Gesichtspunkte eines "wahren Wohles des Patienten" und eines "ärztlichen Berufsrechtes" von vornherein aus. Sie lassen die Autonomie des Kranken völlig unberücksichtigt, obwohl heute durch Verfassung und Gesetze sein Recht auf Selbstbestimmung anerkannt wird.

So kommen als mögliche Gründe eine Rechtfertigung nur **mutmaßliche Einwilligung** und **rechtfertigender Notstand** in Betracht.

I. Keine Berufung auf mutmaßliche Einwilligung

Eine Legitimation des Arztes zur Durchführung vital indizierter Eingriffe trotz versagter Einwilligung könnte zum einen aus dem im Strafrecht praeter legem anerkannten Rechtfertigungsgrund der **mutmaßlichen Einwilligung** herzuleiten sein.

1. Die Haltung der **Judikatur**

Verschiedene Entscheidungen der Strafgerichte weisen auf mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund in Fällen hin, in denen der Betroffene nicht befragt werden konnte. Dies sind vor allem notstandsähnliche Situationen, in denen die Einholung der Einwilligung entweder unmöglich oder zwecklos ist **117)**.
Ausnahmsweise hielt allerdings das Reichsgericht in einer einzelnen Entscheidung aus dem Jahre 1894 trotz versagter Einwilligung eines Suizidpatienten den Rekurs des Arztes auf mutmaßliche Einwilligung für zulässig **118)**. Dem lag die Vorstellung zugrunde, der hypothetische Wille verkörpere stets das wahre Interesse des Kranken. Auf ihn sei zurückzugreifen, wenn vernünftigerweise eine Zustimmung zu erwarten gewesen wäre. Der suizidale Wille sei dagegen unbeachtlich.

2. Die Meinungen im **Schrifttum**

In der Literatur existieren zur Frage der Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung unterschiedliche Auffassungen.

a) **Erste Auffassung:** Mögliche Rechtfertigung aufgrund mutmaßlicher Einwilligung

Manche vertreten den Standpunkt, auch bei verweigerter Einwilligung könne sich der Arzt auf den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung berufen, wenn die Verweigerung eine selbstherrliche Verfügung über

---

117) RG St 25, 375 ff (382; RG St 61, 242 ff (256); BGH St 16, 309 ff (312); OLG Frankfurt MDR 1970, 694

118) RG St 25, 375 ff (382)

Verfügung über das eigene Leben bedeute und Ausdruck eines Sterbewunsches sei. In solchen Fällen dürfe der Selbsttötungswille einer Rettung nicht im Wege stehen; die mutmaßliche Einwilligung sei als vernünftigerweise zu erwartende Einwilligung auszulegen 119).

b) **Zweite Auffassung:** Keine Rechtfertigung

Andere dagegen nehmen an, in der Situation eines ausdrücklichen und ernstlichen Verbotes der Operation durch den Kranken lasse sich der Gedanke mutmaßlicher Einwilligung zur Rechtfertigung nicht heranziehen. Auch ein unvernünftiger Wille des Patienten müsse respektiert werden. Bei beachtlicher Versagung der Einwilligung gehe es nicht an, das genaue Gegenteil des Wunsches des Kranken als seinen hypothetischen Willen zu unterstellen 120).

3. **Stellungnahme**

Die im Schrifttum vertretene Auffassung, die mutmaßliche Einwilligung erlaube dem Arzt trotz einer Weigerung des Betroffenen die Operation, berücksichtigt den individuellen Willen des Patienten nicht in ausreichen-

---

119) Engisch, Die rechtliche Beurteilung, in: Heidelberger Jahrbücher IV (1960), S. 47 ff (52); Ders., Operation, 1958, S. 19; Welzel, Lehrbuch, S. 93; vgl. auch Wagner, Selbstmord, 1975, S. 63 Fußnote 134

120) Vgl. nur: Schönke/Schröder/Lenckner, Vorbem. zu §§ 32 ff StGB Rdnr. 57; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 99 in Fußnote 71; Ebert, JuS 1976, 319 ff (323); Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift Welzel, 1974, S. 447 ff (469), Geilen, Probleme, in: JZ 1971, 41 ff (46 in Fußnote 38); vgl. auch Wagner, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975, S. 63 ff; Hirsch, LK, 10. Aufl. 1985, Vor § 32 StGB Rdnrn. 129, 132, 137

dem Umfang. Dieser Standpunkt orientiert sich zu stark an den Grundsätzen ärztlicher Standesethik, menschliches Leben, sofern medizinisch möglich, nach besten Kräften zu erhalten. Es geht nicht an, nur den Willen des in der Realität nicht existenten "verständigen" Kranken anzuerkennen, anstatt den einzelnen Patienten als Menschen mit seinem individuellen Willen zu akzeptieren.
Hinzu kommt, daß die Annahme einer Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung allein auf Suizidpatienten beschränkt wird, deren Wille als unbeachtlich behandelt wird. Verweigert dagegen ein "normaler" Patient seine Einwilligung, so ist von Rechtfertigung aufgrund mutmaßlicher Einwilligung nicht die Rede.

Letzteres erscheint auch zutreffend, da das Interesse des Patienten an seinem Recht auf Selbstbestimmung ansonsten nicht in dem Maße Beachtung fände, in dem es nach dem Regelungszweck der mutmaßlichen Einwilligung berücksichtigt werden sollte.
Auch die Gerichte vertreten diesen Standpunkt. Das läßt sich bereits vom gewünschten Ergebnis her erklären. Denn will man eine wirksam ausgesprochene Verweigerung beachtet wissen, so kann es für eine Nichtbeachtung dieses Verbotes keine Rechtfertigung geben. Diese rechtspolitisch motivierte Zielsetzung einer Betonung des Autonomiegedankens des Patienten ist in neuerer Zeit verstärkt feststellbar, während es früher der Kranke eher hinnahm, unwissend gehalten und bevormundet zu werden.
Der wohl überwiegende Teil der Rechtslehre lehnt ebenfalls eine Rechtfertigung aufgrund mutmaßlicher Einwilligung in solchen Fällen ab, da der Anwendungsbereich jenes Rechtfertigungsgrundes andernfalls überschritten werde. Diese Auffassung erscheint aus den im Folgenden darzulegenden Gründen zutreffend.

4. **Eigene Auffassung:** Bei verweigerter Einwilligung keine Rechtfertigung aufgrund mutmaßlicher Einwilligung

Wie sich zeigen wird, greift bei der zu beurteilenden Sachlage der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung sowohl aus formalen als auch aus inhaltlichen Gründen nicht ein.

a) **Formale Betrachtung:** Keine Anwendbarkeit der mutmaßlichen Einwilligung

Die Lösung der Frage, ob die vom Patienten verweigerte Operation aus mutmaßlicher Einwilligung dennoch gerechtfertigt sein kann, muß sich an der Aufgabe dieses Rechtfertigungsgrundes im System strafrechtlicher Erlaubnissätze orientieren.
Die mutmaßliche Einwilligung regelt die Vertretung eines anderen in seiner Entscheidungsfreiheit. Ihr Regelungsgrund besteht in einer Kombination von Interesse, Willen und erlaubten Risiko, wobei jedoch der wahrscheinliche Wille des Betroffenen das zentrale und ausschlaggebende Kriterium darstellt 121). Damit betrifft der Anwendungsbereich der mutmaßlichen Einwilligung die Lösung von Interessenkollisionen, wobei über das zu beeinträchtigende Rechtsgut an sich verfügt werden könnte, sich aber eine Verfügung nicht rechtzeitig treffen läßt. Der wahre Wille darf indes nicht mißachtet und das Interesse zu stark betont werden, da dieses lediglich der Ermittlung des wahrscheinlichen Willens dient.

---

121) Ähnlich Hirsch, LK, 10. Aufl. 1985, Vor § 32 StGB Rdnr. 132

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf die zu beurteilende Sachlage ergibt sich, daß bei ausdrücklich entgegenstehendem Willen des Patienten bereits der Anwendungsbereich der mutmaßlichen Einwilligung nicht angesprochen ist. Mit diesem Rechtfertigungsgrund sind nicht die Fälle gemeint, in denen eine **positive** Entscheidung im Sinne einer Einwilligung nicht eingeholt werden konnte. Vielmehr kommt der fragliche Erlaubnissatz nur zur Anwendung, wenn **überhaupt keine** Entscheidung des Berechtigten zu erlangen ist. Insofern fällt die Situation versagter Einwilligung bereits nicht unter die vom Regelungsbereich des Rechtfertigungsgrundes erfaßten Fälle.
Ob man dies als Konkurrenzproblem auffaßt und mutmaßliche Einwilligung unter dem Aspekt der **Subsidiarität** ausscheiden läßt 122), mag hier dahinstehen, da sich im Ergebnis keine Abweichungen ergeben.

b) **Inhaltliche Betrachtung:** Nichtvorliegen der Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung

Wegen der Parallelität zur Einwilligung verlangt man auch für die mutmaßliche Einwilligung, daß die Grundvoraussetzungen jenes Erlaubnissatzes - etwa Urteilsfähigkeit, fehlender Sittenverstoß etc. - vorliegen müssen. Weitere Voraussetzung ist ein bewußtes und zielgerichtetes Handeln im Sinne des Inhabers des tangierten Rechtsgutes 123).

---

122) Etwa BGH St 16, 309 ff (312); Baumann, Lehrbuch, § 21 II 5 a), S. 342 a.E.; dagegen Warda, Zur Konkurrenz, in: Festschrift Maurach, 1972, S. 143 ff (167 f), der die mutmaßliche Einwilligung aus inhaltlichen Gründen nicht für gegeben hält

123) Etwa Hirsch, LK, 10. Aufl. 1985, Vor § 32 StGB Rdnrn. 135 - 137, 140

Auch diese sachlichen Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung liegen bei einer Weigerung des Patienten, sich operieren zu lassen, nicht vor. Der Arzt, der die Autonomie des Patienten ignoriert und dessen wahren, zum Ausdruck gebrachten Willen übergeht, handelt nicht im persönlichen Sinne des Betroffenen und verläßt so den Boden der Einwilligungslehre. Es fehlt die konkret zu vermutende Zustimmung.
Das in der Rechtsfigur der mutmaßlichen Einwilligung zum Ausdruck kommende **allgemeine Rechtsprinzip**, anstelle einer nicht durchführbaren tatsächlichen Disposition auf eine hypothetische Disposition abzuheben, greift bei einer im negativen Sinne getroffenen Verfügung nicht ein. Denn für eine Rechtsvermutung bleibt hier kein Raum. Die Vermutung eines solchen Verzichts setzt nämlich zweierlei voraus: Einerseits darf der Entschluß nicht schon gefaßt sein, und andererseits muß sein Resultat mit Wahrscheinlichkeit auf Zustimmung lauten. Steht indes die ausdrückliche Versagung der Einwilligung schon vorab sicher fest, so ist diese Voraussetzung nicht gegeben.

Ein anderes Ergebnis läßt sich auch nicht mit der Annahme begründen, der Eintritt der Bewußtlosigkeit führe automatisch zu einer mutmaßlichen Willensänderung zugunsten der lebensnotwendigen Operation. Dies wird jedoch vor allem in der Ärzteschaft mit der Begründung vertreten, wenn fortgeschrittenes Krankheits- oder Verletzungsstadium oder eine vom Patienten im Rahmen konservativer Behandlung genehmigte Narkotisierung zur Bewußtlosigkeit führe, sei der Kranke nunmehr dem Tode näher als je zuvor; er würde daher seine Weigerung nicht länger aufrecht erhalten, wenn er befragt werden könnte.
Eine derartige Konstruktion wirkt jedoch nicht überzeugend. Sie stützt sich allein auf einzelne Erfahrungsbe-

richte von Todkranken, die nach ihrer Genesung ihren früheren Todeswunsch bereuten. Solche Willensumkehr läßt sich aber gerade nicht verallgemeinern. Es würde vielmehr eine klare **Umgehung** der ausdrücklich erklärten Verweigerung bedeuten, wenn solchen Mutmaßungen generell Beachtung geschenkt würde. Schließlich wird die wirksame Versagung nur relativ kurze Zeit zuvor und bereits in der lebensbedohlichen Situation selbst geäußert. Außerdem besitzt sie nur Gültigkeit, wenn an der Ernsthaftigkeit des Willens kein Zweifel besteht. Existieren damit außer der vagen allgemeinen Möglichkeit einer Willensänderung keine konkreten Anhaltspunkte im **Einzelfall**, die die hypothetische Annahme einer Zustimmung stützen, so ist der Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung nicht einschlägig.

5. Zusammenfassung

Es ist festzuhalten: Bei in beachtlicher Weise verweigerter Einwilligung rechtfertigt der Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung es nicht, die zur Lebenserhaltung medizinisch gebotene Operation durchzuführen.

II. Keine Rechtfertigung des ärzlichen Eingriffs gemäß § 34 StGB

Es besteht allerdings die weitere Möglichkeit, als Rechtfertigungsgrund für eine verweigerte, zur Lebenserhaltung notwendige Operation den Gesichtspunkt des **rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB)** heranzuziehen 124).

---

124) Vgl. bereits oben, Dritter Teil, § 1 II

1. Die Position der **Rechtsprechung**

Die höchstrichterliche Judikatur nennt den rechtfertigenden Notstand nicht ausdrücklich als Grundlage für eine Befugnis des Arztes, trotz Weigerung des Patienten bei Lebensgefahr zu operieren **125)**. Weder wird in den Fällen, in denen wegen beachtlich versagter Einwilligung ein Eingriffsverbot angenommen wird, eine Begründung dafür gegeben, weshalb § 34 StGB nicht eingreifen soll **126)**, noch finden sich andererseits Ausführungen zu diesem Aspekt in den Entscheidungen über die Hilfspflicht des Arztes gegenüber Suizidpatienten **127)**. In letzterem Falle wird lediglich darauf verwiesen, der Wille des Selbstmörders sei sittenwidrig und damit unbeachtlich.

2. Die Auffassung der **Lehre**

Anders als die dargelegte Rechtsprechung beschäftigt sich das Schrifttum durchaus mit der Frage der Rechtfertigung lebensnotwendiger Operationen bei verweigerter Einwilligung gemäß § 34 StGB und kommt nach kontroverser Diskussion zu unterschiedlichen Ergebnissen.

a) Befürworter einer Anwendung des § 34 StGB

Teilweise wird ein Unrechtsausschluß durch rechtfertigenden Notstand auch bei entgegenstehendem Willen grundsätzlich für möglich gehalten **128)**.

---

125) Vgl. auch Schmidt, Eberhard, Gutchten, S. 103 f

126) BGH St 11, 111 ff (113 f); BGH JZ 1983, 151 ff (152)

127) Vgl. nur BGH St 6, 147 ff (153)

128) Vgl. nur Schönke/Schröder/Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff StGB Rdnr. 57 m.w.N.

In besonders gelagerten Einzelfällen argumentiert man dabei vom Ergebnis der Güterabwägung her: Bei Organtransplantationen ergebe sich die Befugnis des Arztes zum Eingriff gegen den noch zu Lebzeiten erklärten Willen des Spenders oder seiner Angehörigen aus der Höherrangigkeit des bedrohten Lebens des Empfängers 129). Bei Suizidpatienten müsse dessen ablehnender Wille hinter dem Rechtsgut des Lebens zurücktreten, so daß seine Rettung aus § 34 StGB gerechtfertigt sei 130). Speziell zur vorliegenden Problematik wird die Auffassung vertreten, eine schwerwiegende Operation in lebensbedrohlicher Lage dürfe unter dem Aspekt des rechtfertigenden Notstandes selbst dann durchgeführt werden, wenn der Patient sie ausdrücklich abgelehnt habe. Denn der Operationsverweigerer verstoße gegen seine eigene Würde, indem er die Wertakzente falsch setze. Daher sei die Durchführung einer Operation, die zur Lebensrettung aus medizinischer Sicht notwendig werde, trotz verweigerter Zustimmung nicht strafwürdig 131).

---

129) Namentlich Geilen, JZ 1971, 41 ff (46) m.w.N. mit ausführlicher Darstellung der Gegenmeinung, die bei entgegenstehendem Willen eine Rechtfertigung ablehnt (etwa Eichholz, NJW 1968, 2272 ff (2275)); ferner Kohlhaas, NJW 1967, 1489 ff und NJW 1970, 1224 ff

130) Hirsch, LK, § 226 a StGB Rdnr. 37 m.w.N.; Engisch, Die rechtliche Beurteilung, in: Heidelberger Jahrbücher, Bd. IV (1960), S. 47 ff (64); Ebert, JuS 1976, 319 ff (323); Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 99 in Fußnote 71; vgl. auch Baumann, NJW 1980, 1873 ff (1874)

131) Hardwig, Betrachtungen, in: GA 1965, 161 ff (169); vgl. ferner Kreuzer, Ärztliche Hilfeleistungspflicht, 1965, S. 67

Das Ergebnis dieser Auffassung - ein ärztliches Eingriffsrecht 132) bei Lebensgefahr trotz verweigerter Einwilligung - findet noch bei weiteren Autoren Zustimmung, die § 34 als Erlaubnisgrundlage nicht ausdrücklich erwähnen 133).

b) Gegner einer solchen Lösung

Demgegenüber hält die wohl überwiegende Mehrheit des juristischen Schrifttums bei verweigerter Einwilligung eine Rechtfertigung ärztlicher Operationen auch unter dem Gesichtspunkt des rechtfertigenden Notstandes grundsätzlich - für Suizidpatienten wird eine Ausnahme gemacht - nicht für möglich, da man andernfalls dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten über den eigenen Körper und seiner Menschenwürde nicht gerecht werde 134). Denn zum einen bedeute die vital indizierte

---

132) Weitergehend Kohlhaas, der in solchen Fällen sogar eine Rettungspflicht des Arztes annimmt; vgl. Kohlhaas, Medizin und Recht, 1969, S. 83, 128 f, 131; Ders., Elterliche Ablehnung, in: Dtsch. Med. Wschr. 90 (1965), 46 ff (46); Ders., JR 1974, 389 f (390); Ders., Operation, in: Dtsch. Med. Wschr. 86 (1961), 446 f

133) So etwa: Bösche, Einwilligung, in: Ärztliche Mitteilungen, 1959, 458 ff (462); Barnikel, Probleme, in: Med. Welt 1973, 838 ff (839); Bringewat, Selbstmord, in: NJW 1973, 540 ff (544 in Fußnote 34); Eser, in: Auer/Menzel/Eser, Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, 1977, S. 106; Geilen, Rechtsfragen, in: Mergen (hg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Bd. II, 1971, S. 11 ff (25, 40); Händel, NJW 1972, 327 f (327 f).
Aus dem medizinischen Schrifttum: Lenz, in: Eid/Frey (hg.), Sterbehilfe, 1978, S. 48.
Aus dem theologischen Schrifttum: Häring, Moraltheologische Überlegungen, in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 261 ff (267)

134) Namentlich Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 141; Schwalm, Grenzen, 1961, S. 40 f; Spann/Liebhardt/Braun, Ärztliche Hilfeleistungspflicht, in: Festschrift Bockelmann, 1979, S. 487 ff (494 in Fußnote 41); Krey, BT-1, S. 68; Wagner, Selbstmord, 1975, S. 63

Operation auch nicht mit letzter Sicherheit Lebensrettung, da eine Erfolgsgarantie nicht abgegeben werden könne 135). Und zum anderen sei dem wissenschaftlichen Ehrgeiz des Arztes Tür und Tor geöffnet, wenn er bei Lebensgefahr auch eine verstümmelnde Operation jederzeit vornehmen dürfe 136). Die Achtung vor der Persönlichkeit des Kranken und seiner Würde als Mensch verlangen daher nach dieser Auffassung vom Arzt die Respektierung jenes eigenen Willens auch dann, wenn dieser Wille unvernünftig erscheint. Eigenmächtige Operationen - namentlich solche mit gravierenden Folgen - seien daher strafbar 137).

3. Stellungnahme

Die Vertreter des Schrifttums, die eine Rechtfertigung durch § 34 StGB in solchen Fällen befürworten, berücksichtigen nicht hinreichend die hier kollidierenden Interessen.

---

135) Engisch, Die rechtliche Beurteilung, in: Heidelberger Jahrbücher IV (1960), S. 47 ff (54 a.E.)

136) Grünwald, Heilbehandlung, in: Göppinger (hg.), Arzt und Recht, 1966, S. 125 ff (134); Wöbker, Selbstmord, 1981, S. 74 f

137) So etwa: Oppenheim, Das ärztliche Recht, 1892, S. 21 ff; Goll, Behandlungspflicht, in: Arztrecht 15 (1980); 319 ff (323); Dünnebier, in: Löwe/Rosenberg, StPO-Großkommentar, § 119 Rdnr. 181 a.E.; Möllering, Schutz des Lebens, 1977, S. 51 f; Hanack, in: Hiersche (hg.), Euthanasie, 1975, 121 ff (142 a.E. f); Schweisheimer, Das Recht, in: Deutsche Richterzeitung 1973, 167 f (167 f); Differenzierend Baumann, NJW 1958, 2092 ff (2094).
Aus dem zivilrechtlichen Schrifttum: MünchKomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 452 m.w.N.
Aus dem medizinischen Schrifttum: Opderbecke, Grenzen, in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 136 ff (139); Hallermann, in: Mergen (hg.), Die juristische Problematik, II, 1971, S. 44 ff (61); Arbab-Zadeh/Prokop/Reimann, Rechtsmedizin, S. 491; Schwerd, Rechtsmedizin, S. 276

Die Situation einer Organtransplantation unterscheidet sich grundlegend von der hier interessierenden Konstellation. Dem potentiellen Organspender geht es um den Erhalt seiner körperlichen Integrität nach dem Tode, während der Operationsverweigerer eine Entscheidung gerade für den ihm verbleibenden Teil seines Lebens trifft. Zudem ist hier das Leben des sich Weigernden selbst bedroht, während der potentielle Organspender das Leben eines anderen retten könnte, so daß die Rechtsgutinhaber nicht identisch sind. Eine Vergleichbarkeit ist damit nicht gegeben, so daß kein Präjudiz für die Lösung des hier anstehenden Problems geschaffen wird.

Auch die Zulässigkeit lebensnotwendiger Eingriffe an Suizidpatienten trotz deren Verweigerung bildet keinen vergleichbaren Parallelfall. Wegen der andersartigen Willensrichtung beim Suizidpatienten handelt es sich um ein Sonderproblem, auf das an anderer Stelle 138) noch einzugehen sein wird.

Die als Begründung für das Eingreifen des § 34 StGB bei Operationsverweigerern herangezogenen Aspekte erweisen sich ebenfalls als nicht überzeugend. Es geht nicht an, die Weigerung des Patienten als Verstoß gegen seine eigene Würde aufzufassen. Die Würde des Menschen besteht vielmehr gerade darin, daß der Einzelne seinem Dasein einen Sinn gibt. Solche Sinngebung indes läßt sich nicht standardisieren, denn ihr Wert liegt gerade in der Individualität des Menschen. Damit besitzt die Entscheidung des Patienten höchstpersönlichen Charakter.

Auch der Gesichtspunkt mangelnder Strafwürdigkeit trifft nicht zu. Angesichts der klaren Wertentscheidung unserer Verfassung, die das Recht des Menschen auf Selbstbestimmung als Ausfluß der persönlichen Freiheit garantiert, ist die Nichtbeachtung des ausdrücklich

---

138) Siehe unten, Vierter Teil, § 3 VI

entgegenstehenden Willens rechtswidrig. Die persönliche Willensentscheidung genießt zu Recht strafrechtlichen Schutz.
Soweit schließlich eine ärztliche Eingriffsbefugnis mit der Begründung angenommen wird, die Erhaltung menschlichen Lebens sei oberstes Ziel ärztlicher Bemühungen, wird dabei die Perspektive des Patienten völlig außer Acht gelassen.

Demgegenüber wird zu Recht ganz überwiegend davon ausgegangen, § 34 StGB rechtfertige Operationen der in Rede stehenden Art nicht.
Zu diesem zutreffenden Ergebnis gelangt der Bundesgerichtshof, ohne allerdings auf den Gesichtspunkt des rechtfertigenden Notstandes als Rechtfertigungsgrund näher einzugehen.
In der Literatur, die diesen Standpunkt einnimmt, findet sich keine systematische Begründung dafür, weshalb § 34 StGB nicht eingreifen soll. Gleichwohl überzeugen die dort angestellten Erwägungen zum Selbstbestimmungsrecht, so daß das gewonnene Ergebnis sachgerecht erscheint.

4. **Eigene Meinung:** Keine Rechtfertigung aufgrund § 34 StGB bei verweigerter Einwilligung

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, daß es an einer sachgerechten Begründung zur Ablehnung der Rechtfertigung verweigerter Operationen aufgrund § 34 StGB bisher fehlt. Es ist daher im Folgenden zu untersuchen, ob und wie sich diese Auffassung begründen läßt.

a) **Formale Betrachtung:** Keine Anwendbarkeit des § 34 StGB bei verweigerter Einwilligung

Zunächst könnte bereits die Anwendbarkeit des § 34 StGB bei verweigerter Einwilligung aus rechtssystematischen und - dogmatischen Erwägungen zu verneinen sein.

aa) Die Problematik

Während früher allgemein angenommen wurde, jeder Rechtfertigungsgrund biete eine völlig selbständige Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit auszuschließen 139), wird heute zutreffend davon ausgegangen, es gebe Situationen, in denen bestimmte Erlaubnissätze ohne Rücksicht auf das Vorliegen ihrer sachlichen Voraussetzungen bereits deshalb ausscheiden müßten, weil ihr Regelungsbereich den Sachverhalt nicht berühre bzw. ein anderer Rechtfertigungsgrund den auftretenden Konflikt typischerweise zu lösen bestimmt sei. Man spricht von einer **"Konkurrenz"** von Rechtfertigungsgründen 140).
Für die Frage der Anwendbarkeit des § 34 StGB in der Situation einer verweigerten Operation kommt es daher darauf an, ob ein für diese Situation typischer Rechtfertigungsgrund existiert.
Den wesentlichen und typischen Rechtfertigungsgrund bei ärztlichen Eingriffen bildet die **Einwilligung.** Wird sie anstelle ihrer Erteilung vom Patienten ausdrücklich und ernstlich verweigert, so ändert sich grundsätzlich nichts daran, daß ihre Regelungssituation vorliegt.

bb) Das Verhältnis von § 34 StGB zur rechtfertigenden Einwilligung

Damit hängt die Beantwortung der Frage, ob eine Berufung auf § 34 StGB auch bei verweigerter Einwilligung grundsätzlich zulässig bleibt, davon ab, wie man das

---

139) Vgl. etwa: Mezger, Strafrecht AT, 9. Aufl. 1960, S. 131 f

140) Dazu grundlegend: Warda, in: Festschrift Maurach, 1972, S. 143 ff; ferner Seelmann, Das Verhältnis, 1978; kritisch zu ihm Peters, GA 1981, S. 445 ff

Verhältnis der Rechtfertigungsgründe des § 34 StGB und der Einwilligung zueinander interpretiert. Dazu werden verschiedene Auffassungen vertreten **141)**:

(1) **Erste Meinung:** Gleichrangigkeit

Einige Autoren halten den rechtfertigenden Notstand neben der Einwilligung für eine **gleichberechtigte** Alternative. Danach soll es dem Arzt überlassen bleiben, ob er die Einwilligung einholen oder den Eingriff unter Notstandsgesichtspunkten unmittelbar durchführen will **142)**. Folgt man dem, so steht auch bei verweigerter Einwilligung einer Rechtfertigung aus § 34 StGB grundsätzlich nichts im Wege.

(2) **Zweite Meinung:** Subsidiarität des § 34 StGB

Andere vertreten den Standpunkt, die rechtfertigende Einwilligung genieße grundsätzlich Vorrang gegenüber § 34 StGB. Auf letztere Vorschrift könne gleichsam als **subsidiäre** Rechtfertigungsmöglichkeit erst zurückgegriffen werden, wenn zuvor erfolglos versucht worden sei, die Zustimmung einzuholen **143)**. Nach dieser Auffassung eröffnet die Verweigerung der Einwilligung gerade die weitere Möglichkeit einer Berufung auf § 34 StGB.

---

141) Vgl. die Darstellung des Meinungsstandes bei Geilen, JZ 1971, 41 ff (45 ff) anläßlich der Probleme bei Organtransplantationen

142) So etwa Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 107; Kohlhaas, Medizin und Recht, 1969, S. 120 f; Ders., NJW 1967, 1489 ff (1491 f); Ders., NJW 1970, 1224 ff; Geilen, JZ 1971, 41 ff (46); Seelmann, Das Verhältnis, 1978, S. 71

143) LG Bonn, JZ 1971, 56 ff (59) und 4. Leitsatz m.w.N.; vgl. ferner die bei Geilen, JZ 1971, 41 ff (46 in Fußnote 37) Genannten

(3) **Dritte Meinung:** Spezialität der Einwilligung

Ein Teil des Schrifttums schließlich vertritt die Auffassung, nur die Einwilligung bilde eine hinreichend tragfähige Grundlage zur Rechtfertigung und sei daher im oben genannten Sinne **speziell**. Der Gesichtspunkt des rechtfertigenden Notstandes bleibe dagegen systematisch nachrangig und könne in Situationen, wo die Einwilligung möglich sei, nicht eingreifen 144). Danach besteht bei entgegenstehendem Willen keine Möglichkeit einer Rechtfertigung gemäß § 34 StGB.

(4) **Stellungnahme**

Zu den genannten Auffassungen ist zu bemerken:
Der Standpunkt, zwischen beiden Alternativen einer Rechtfertigung bleibe dem Arzt die freie Wahl, mag für den besonderen Fall einer Organtransplantation sachgerecht erscheinen. Für die Konstellation einer lebensnotwendigen Operation bei verweigerter Einwilligung ist er hingegen nicht geeignet. Denn als Konsequenz ergäbe sich, daß eine Befragung des Patienten entbehrlich wäre. Dessen Wille und damit sein Recht auf Selbstbestimmung blieben mithin bedeutungslos oder würden jedenfalls unerträglich ausgehöhlt. Das aber widerspräche der Wertentscheidung des Gesetzgebers. Außerdem verkennt, wer § 34 StGB gegenüber der rechtfertigenden Einwilligung für gleichrangig hält, daß der rechtfertigende Notstand im Gegensatz zur Einwilligung eine Generalklausel darstellt und die Einwilligung nur einen Teil seines Anwendungsbereiches abdeckt.

---

144) Trockel, MDR 1969, 812; Eichholz, NJW 1968, 2272 ff (2275); weitere Nachweise bei Geilen, JZ 1971, 41 ff (45 in Fußnote 35); dagegen besonders Seelmann, Das Verhältnis, 1978, S. 69

Auch überzeugt es nicht, § 34 StGB als subsidiäre Rechtfertigungsmöglichkeit aufzufassen. Zunächst kann allgemein von Subsidiarität nur gesprochen werden, wenn die betreffende Norm den Sachverhalt in ihren sachlichen Merkmalen tatsächlich erfüllt **145)**. Das aber trifft für § 34 StGB, wie sich noch zeigen wird, in der Situation verweigerter Operationen nicht zu. Zu dem wäre im Verhältnis von Rechtfertigungsgründen zueinander eine Susidiarität nur in Form einer ausdrücklich der Vorschrift angefügten Klausel anzuerkennen **146)**, welche § 34 StGB nicht enthält. Schließlich ist ein innerer Grund vergleichbar den zur Konkurrenz von Straftaten angestellten Erwägungen, weshalb in der Beziehung zweier Rechtfertigungsgründe zueinander der eine gegenüber dem anderen im Sinne einer nur hilfsweise Anwendbarkeit zurücktreten müßte **147)**, hier nicht erkennbar.
Schließlich begegnet die Auffassung, die Einwilligung sei als ein spezieller Erlaubnisgrund zu verstehen, der gegenüber § 34 StGB als Sonderregelung Vorrang besitzt, ebenfalls der Kritik. Da als Ergebnis einer solchen Betrachtung eine Rechtfertigung aus Notstandsgesichtspunkten bei entgegenstehendem Willen ausscheidet, wird sie im Bereich der Organtransplantationen häufig als unbillig empfunden und abgelehnt **148)**.
Indessen erweist es sich aus den nachfolgenden Gründen als zutreffend, in der hier zu beurteilenden Sachlage zwischen rechtfertigender Einwilligung und § 34 StGB das Verhältnis einer Spezialität anzunehmen.

---

145) Vgl. Warda, in: Festschrift Maurach, 1972, S. 143 ff (167)

146) Vgl. Warda, in: Festschrift Maurach, 1972, S. 143 ff (168)

147) Grundlegend: Warda, in: Festschrift Maurach, 1972, S. 143 ff (169)

148) Etwa Geilen, JZ 1971, 41 ff (46); Kohlhaas, NJW 1967, 1489

(5) **Eigene Auffassung:** Vorrangige Spezialität der Einwilligung bei verfügbaren Rechtsgütern

Eine Betrachtung des § 34 StGB zeigt, daß diese Norm einen allgemeinen Rechtsgedanken kodifiziert. Sein Rechtscharakter als Generalklausel und die damit einhergehende Weite seines Anwendungsbereiches bringen es mit sich, daß § 34 StGB sich auch auf Bereiche erstreckt, in denen die Rechtsfolge des Unrechtsausschlußes bereits durch besondere Vorschriften festgelegt ist. Daraus ergibt sich, daß Spezialregelungen des § 34 StGB existieren, die entweder seinen allgemeinen Rechtsgedanken spezifizieren oder ihn für einen bestimmten Sachbereich verdeutlichen **149)**.

Zur Frage, ob die Einwilligung als eine derartige Spezialregelung zu dem allgemeinen Prinzip des Notstandes anzusehen ist, wird die Meinung vertreten, das jener zugrundeliegende Rechtfertigungsprinzip sei von dem der übrigen Erlaubnissätze grundverschieden **150)**; die Einwilligung bilde keinen Unterfall des § 34 StGB, da wegen des Rechtsschutzverzichts des Einwilligenden kein Raum für eine konkrete Interessenabwägung bleibe **151)**.
Diese Auffassung begegnet durchschlagenden Bedenken. Geht man von den jeweiligen Regelungsbereichen als dem wesentlichen Kriterium für das Verhältnis beider Rechtfertigungsgründe zueinander aus, so ist festzustellen, daß sowohl § 34 StGB als auch die rechtfertigende Einwilligung einen **Interessenkonflikt** regeln. Dabei stehen sich im Falle des § 34 StGB zwei Interessen gegen-

---

149) Vgl. Hirsch, Lk, 10. Aufl., 1985, § 34 StGB Rdnr. 82 m.w.N.

150) So Seelmann, Das Verhältnis, 1978, S. 31

151) Vgl. Hirsch, LK, 10. Aufl. 1985, § 34 StGB Rdnr. 93

über, die häufig - wenn auch nicht notwendigerweise - verschiedenen Personen zustehen. Bei der Einwilligung dagegen stehen sich das geschützte Rechtsgut, auf das verzichtet werden soll, und das durch den Verzicht begünstigte Interesse gegenüber. Zwar ist in letzterem Falle regelmäßig nur eine Person betroffen, doch steht das einer Vergleichbarkeit des Interessenkonfliktes nicht im Wege. Beide Situationen unterscheiden sich im wesentlichen nur durch die Lösung des Konfliktes, die einerseits durch Abwägung und andererseits durch einen Verzicht erreicht wird.

Von besonderer Bedeutung ist dabei die Tatsache, daß ein solcher Verzicht lediglich in bezug auf solche Güter wirkt, die auch der Disposition des Verzichtenden unterliegen. Deshalb erscheint es sachgerecht, die Untersuchung der Regelungssituation beider Rechtfertigungsgründe nur auf den Teilbereich **verfügbarer** Rechtsgüter zu beschränken 152). Zur freien Verfügung steht dem Rechtsgutinhaber etwa seine durch die §§ 223 ff StGB geschützte **körperliche Unversehrtheit, nicht** hingegen sein **Leben** 153).

Bei verfügbaren Rechtsgütern steht die Einwilligung des Inhabers im Vordergrund einer Rechtfertigung und bildet den hauptsächlichen und tragenden Grund für einen Unrechtsausschluß. Ist sie nun aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht zu erlangen, weil Bewußtlosigkeit oder Urteilsunfähigkeit besteht, so kann die Rechtfertigung jedenfalls nicht auf Einwilligung beruhen. Damit steht unbestritten der Rückgriff auf die allgemeine Norm des § 34 StGB offen.

---

152) So auch Peters, GA 1981, 445 ff (466 in Fußnote 77 a.E.)

153) Siehe bereits oben, Zweiter Teil, § 1 I 2

Ist der Rechtsgutinhaber dagegen tatsächlich und rechtlich imstande, eine wirksame Verfügung zu treffen, so liegt die Sachlage anders. Dann ist zwischen der Erteilung der Einwilligung und ihrer Verweigerung zu unterscheiden. Selbstverständlich stellt die erteilte Einwilligung einen besonderen Rechtfertigungsgrund dar. Für ihre Verweigerung kann jedoch nichts anderes gelten, da ebenfalls eine Verfügung über das in Rede stehende Rechtsgut vorliegt. Dieses Rechtsgut soll nach dem Willen seines Inhabers gerade nicht beeinträchtigt werden.

In der besonderen Situation also, in der über ein disponibles Rechtsgut in rechtlich zulässiger Weise - sei es durch Einwilligung, sei es durch Einwilligungsverweigerung - verfügt wird, beantwortet der jedenfalls in diesem engen Bereich gegenüber § 34 StGB spezielle Erlaubnissatz der rechtfertigenden Einwilligung die Frage des Unrechtsausschlußes.

cc) **Schlußfolgerung:** Bei verweigerter Einwilligung Rechtfertigungssperre für eine anderweitige Rechtfertigung aus § 34 StGB

Den vorstehenden Ausführungen ist zweierlei zu entnehmen: Erstens geht der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung bei verfügbaren Rechtsgütern demjenigen des § 34 StGB als Spezialregelung vor. Zweitens betrifft die Rechtsfigur der Einwilligung speziell die Situation, in der ein disponibles Rechtsgut zur Verfügung steht, und zwar unabhängig davon, in welche Richtung sich der Verfügende entscheidet.
Daraus folgt: Im Fall einer Einwilligungsverweigerung, in dem die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund nicht anwendbar ist, verbietet der entgegenstehende Wille mit endgültiger Wirkung die Beeinträchtigung des

Rechtsgutes. Da die spezielle Regelungssituation der Einwilligung vorliegt, kommt eine inhaltliche Prüfung des § 34 StGB nicht mehr in Betracht. Die Einwilligungsverweigerung führt somit gegenüber § 34 StGB zu einer **Sperrwirkung** 154).

dd) Resultat: Keine Anwendbarkeit des § 34 StGB

Nach dem hier vertretenen Standpunkt scheidet eine Rechtfertigung des Arztes, der trotz verweigerter Einwilligung in vitaler Indikation den Eingriff durchführt, aus dem Gesichtspunkt des § 34 StGB bereits wegen Unanwendbarkeit dieser Norm aus.

b) **Inhaltliche Betrachtung:** Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 34 StGB bei versagter Einwilligung

Folgt man der vorstehend vertretenen Auffassung nicht und hält § 34 StGB in Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich für anwendbar 155), so bedarf es einer inhaltlichen Prüfung dieser Norm. Diese Prüfung führt jedoch zu keinem anderen Ergebnis. Wie sich nämlich im Folgenden zeigen wird, erfüllt der Sachverhalt jedenfalls auch die sachlichen Voraussetzungen des § 34 StGB nicht 156).

---

154) Dabei mag dahinstehen, ob diese Sperre Allgemeingültigkeit beanspruchen kann oder nur gegenüber § 34 StGB (und - wie dargelegt - gegenüber mutmaßlicher Einwilligung) wirkt. Denn bei verweigerten Operationen in Lebensgefahr stehen weitere Rechtfertigungsgründe nicht zur Verfügung

155) So namentlich Seelmann, Das Verhältnis, 1978, S. 69 ff (71); Warda, in: Festschrift Maurach, 1972, S. 143 ff (168)

156) Zu ihnen bereits oben, Dritter Teil, § 1 II

aa) Bestehen einer Kollisionslage

Der Erlaubnissatz des § 34 StGB setzt die Gefährdung eines Rechtsgutes voraus, das nur unter Beeinträchtigung eines anderen Gutes bewahrt werden kann. Hier stehen sich die Rechtsgüter **Leben** und **Selbstbestimmung** des Patienten gegenüber. Damit besteht die von § 34 StGB vorausgesetzte Kollisionslage **157)**.

bb) Interessenabwägung nach § 34 Satz 1 StGB

Die Rechtfertigung hängt mithin entscheidend davon ab, ob eine Abwägung ergibt, daß das Interesse das Patienten an der Erhaltung seines Lebens sein Recht auf Selbstbestimmung im Sinne des § 34 StGB wesentlich überwiegt.

(1) **Allgemeines** Rangverhältnis der betroffenen Güter

Zur näheren Bestimmung eines Rangverhältnisses der in Rede stehenden Rechtsgüter ist zu untersuchen, welchen Rang diese im positiven Recht sowie in den außerhalb rechtlicher Normen vorhandenen Wertvorstellungen der Allgemeinheit besitzen **158)**.

(a) Wert des Rechtsgutes "Leben"

Bei der rechtlichen Bewertung des Rechtsgutes **"Leben"** ist zu beachten, daß unsere Verfassung dieses Rechtsgut in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG im unmittelbaren Anschluß an die Würde des Menschen nennt und so das Leben als einen überragenden Personenwert beschreibt.

---

157) Nach Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 99 Fußnote 71 gelten die Regeln des rechtfertigenden Notstandes auch dann, wenn **dieselbe** Person Inhaber beider Rechtsgüter ist

158) Siehe bereits oben, Dritter Teil, § 1 II 2; vgl. dazu Hirsch, LK, 10. Aufl. 1985, § 34 StGB Rdnr. 56 f

Dementsprechend ist auch der strafrechtliche Schutz ausgestaltet. Die §§ 211 ff StGB enthalten als Verbrechen die höchsten Strafandrohungen, die das Strafgesetzbuch überhaupt kennt. Die Schwere dieser Sanktionen hat ihren Grund im wesentlichen in der Achtung, die dem Leben als grundsätzlich wertvollstem Individualgut beigemessen wird.
Das Zivilrecht bewertet das Leben unter anderem in § 823 Abs. 1 BGB als absolut geschütztes Rechtsgut und weist ihm damit ebenfalls einen überragenden Rang zu.
Die genannte Bewertung entspricht auch den im Bewußtsein der Bevölkerung vorhandenen Vorstellungen, nach denen allgemein das Rechtsgut Leben sehr hoch eingeschätzt wird.

(b) Wert des Rechtes auf "Selbstbestimmung" im Vergleich zum Rechtsgut "Leben"

Auch die Befugnis des Einzelnen, ihn betreffende Belange nach eigenem Ermessen zu regeln, stellt ein verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GG sowie durch die besonderen Freiheitsrechte geschütztes Individualrechtsgut dar. Versteht man dieses weiterhin als Ausfluß der persönlichen Würde des Menschen, so wird es zusätzlich vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG erfaßt. Diese verfassungsrechtliche Wertentscheidung spricht damit für einen hohen Rang der Selbstbestimmung.
Betrachtet man dagegen die Ausgestaltung des strafrechtlichen Schutzes, so ist eine gegenüber dem Schutz des Lebens deutlich geringere Wertigkeit festzustellen. Die den freien Willen schützenden Strafnormen der §§ 239 f StGB enthalten erheblich geringere Strafandrohungen als die §§ 211 ff StGB. Durch diese Abstufung kommt exemplarisch zum Ausdruck, daß das Leben im Verhältnis zum freien Willen strafrechtlich im allgemeinen an höherer Stelle rangiert.

Soweit die Selbstbestimmung auf den Erhalt der körperlichen Unversehrtheit bezogen ist, tritt der Schutz der §§ 223 ff StGB hinzu. Auch bei diesen Tatbeständen zeigt sich angesichts der dort normierten Strafandrohungen eine im Verhältnis zum Leben geringere Gewichtung.
Dementsprechend wird die Tötung eines Menschen auch in den Wertvorstellungen der Allgemeinheit als verwerflicherer Rechtsverstoß empfunden als ein Eingriff in die freie Willensbestimmung, auch wenn der Wille auf den Erhalt der Körperintegrität gerichtet ist.

Eine allgemeine vergleichende Betrachtung der Rechtsgüter Leben und Selbstbestimmung ergibt damit, daß dem Leben - jedenfalls ohne Bezug zu einer konkreten Situation - Vorrang zukommt.

(2) **Besonderes** Rangverhältnis der betroffenen Interessen in der Situation einer Operationsverweigerung

Für die gemäß § 34 StGB erforderliche Abwägung der widerstreitenden Interessen reicht aber die soeben dargelegte allgemeine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter für sich genommen noch nicht aus, da einem Gut im Einzelfall ein abweichender Stellenwert beizumessen sein könnte. Daher ist im Folgenden zu untersuchen, wie das Interesse eines lebensgefährlich erkrankten oder verletzten Patienten an der Erhaltung seines Lebens einerseits und sein Interesse an der Beachtung seines eigenen Willens, nicht operiert zu werden, andererseits im Verhältnis zueinander zu bewerten sind.

(a) Wert des Lebenserhaltungsinteresses

Auf der einen Seite ist dem Interesse des Patienten an seinem Weiterleben ein bestimmter Stellenwert zuzumessen, der sich aus subjektiven und objektiven Kriterien 159) ergibt.

(aa) Subjektive Betrachtung

Aus der subjektiven Perspektive eines lebensgefährlich erkrankten Operationsverweigerers besitzt ein Weiterleben in operiertem Zustand, d.h. nach Entfernung wesentlicher Körperteile, wenig Sinn, da ihm die Wiederherstellung oder Beibehaltung seiner früheren Lebensqualität nicht mehr realisierbar erscheint.
Der Mensch ist nämlich in verstümmeltem Zustand zu sportlichen Aktivitäten und zur Freizeitgestaltung in ehemals praktiziertem Rahmen oft nicht mehr fähig. Das kann eine entscheidende Beeinträchtigung bedeuten, da Lebensfreude und Lebenswille oftmals gebrochen sind. Hierbei spielen die besonderen Lebensumstände sowie die Persönlichkeit des Betreffenden selbst eine ebenso wichtige Rolle wie der Bildungs- bzw. Ausbildungsgrad. Andererseits wird einen Patienten, dessen Aktivitäten sich in Beruf und Freizeit überwiegend in musischen, literarischen, künstlerischen oder ähnlichen Bereichen bewegt haben, eine körperliche Verstümmelung weniger hart treffen als einen Menschen, der den Einsatz seines Körpers als wichtigen Inhalt seiner Lebensqualität betrachtete.
Auch das soziale Umfeld prägt den weiteren Verlauf des Lebens in operiertem Zustand. Hier ändern sich zwischenmenschliche Beziehungen, wenn aufgrund einer Amputation plötzlich eine Hilfsbedürftigkeit entsteht und Abhängigkeiten geschaffen werden, die bis in den

---

159) Vgl. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 99

Intimbereich hereinreichen. Schon im Rahmen einer Familie lassen sich je nach ihrer individuellen Struktur hierdurch entstehende Schwierigkeiten teilweise nicht konfliktfrei bewältigen. Bei alleinlebenden Menschen verschärft sich die Problematik noch.

Am Arbeitsplatz kommt es vor, daß dem Amputierten mit einer gegenüber früher veränderten Haltung gegenübergetreten wird, sei es, daß man unerwünschtes Mitleid zeigt, sei es, daß eine Kommunikation wegen des sichtbaren körperlichen Defektes als unangenehm empfunden und Kontakte auf ein Minimum beschränkt werden. Solche Befürchtungen verbunden mit einer durch die bevorstehende Behinderung entstehenden starken psychischen Belastung sowie die Notwendigkeit der Bewältigung dieser Schwierigkeiten können das Interesse des Betroffenen an einem Weiterleben negativ beeinflussen.

Schließlich ist auch denkbar, daß der frühere Arbeitsplatz völlig verlorengeht, weil er infolge der Amputation nicht mehr ausgefüllt werden kann. Namentlich in der angespannten Arbeitsmarktsituation unserer Zeit kann das Interesse an einem bestimmten Arbeitsplatz einen wesentlichen Faktor der Lebensqualität darstellen.

Schließlich können die finanziellen Folgen, die ein Weiterleben in verstümmeltem Zustand mit sich bringt, zu erheblichen Problemen führen. Sie können den Kranken hart treffen oder sogar in eine verzweifelte Lage stürzen, die einen sozialen Abstieg mit sich bringt.

Aus der subjektiven Sicht eines todkranken Operationsverweigerers ergeben sich nach alledem eine Vielzahl von Gründen, aus denen das Interesse an einer Lebenserhaltung wegen erheblicher damit verbundener Nachteile geringer einzuschätzen ist.

(bb) Objektive Betrachtung

Objektiv betrachtet lassen sich demgegenüber auch Aspekte aufzeigen, die für ein Fortbestehen des Lebenserhaltungsinteresses trotz Erforderlichkeit einer schweren Operation sprechen.
Voll funktionsfähige Protesen können heute Gliedmaßen und sogar Organe ersetzen und so den primären Verlust lindern, indem sie die Augenfälligkeit des körperlichen Defektes verdecken und teilweise auch die Funktion etwa eines verlorenen Gliedes substituieren. Auch muß die veränderte Verwendungsfähigkeit am Arbeitsplatz nicht die Wertlosigkeit oder die Entbehrlichkeit der Arbeitsleistung des Betreffenden bedeuten. Das Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit,Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 8. 10. 1979, BGBl. I., S. 1649) leistet dazu in der Praxis einen wichtigen Beitrag.

Insgesamt ergibt sich danach, daß das Lebenserhaltungsinteresse des Operationsverweigerers aus achtenswerten Überlegungen heraus erheblich geringer ist als der allgemeine Stellenwert des Rechtsgutes **Leben**. Insoweit ist die generelle Annahme Leben sei ein Höchstwert, verfehlt 160).

(b) Wert des Selbstbestimmungsinteresses

Dem dargelegten Interesse steht andererseits der Wille des Kranken gegenüber, seine körperliche Gesamtheit zu erhalten und damit selbst über den eigenen Körper zu bestimmen. Der Stellenwert dieses Interesses richtet sich wiederrum nach subjektiven und objektiven Kriterien.

---

160) So auch Jakobs, Strafrecht AT, S. 346 Rdnr. 21 a.E.

(aa) Subjektive Betrachtung

Der die Einwilligung verweigernde Patient bewertet sein Selbstbestimmungsinteresse höher als sein Interesse an einem Weiterleben. Er möchte die erhebliche körperliche Konsequenz einer gravierenden Operation vermeiden. Wenn der Patient aus individuellen Motiven die Erteilung der Einwilligung ablehnt, obwohl diese eigentlich zu erwarten gewesen wäre, verleiht er dem eigenen Willen besonderes Gewicht und mißt seinem Selbstbestimmungsinteresse entscheidende Bedeutung bei. Der Bundesgerichtshof hat die Berechtigung zu diesem Interesse ausdrücklich gebilligt 161).

(bb) Objektive Betrachtung

Wie bereits dargelegt, ist das Selbstbestimmungsrecht in der Verfassung verankert. Damit kommt auch dem Selbstbestimmungsinteresse des Operationsverweigerers ein hoher Rang zu. Denn gerade bei Entscheidungen von erheblicher Tragweite wie der Verweigerung einer lebensnotwendigen Operation wird der hohe Wert der Selbstbestimmung deutlich, weil eine Entscheidung von erheblicher Relevanz für das Leben des Betroffenen nur von ihm persönlich getroffen werden kann.

Insgesamt bleibt festzustellen, daß sowohl aus objektiver als auch aus subjektiver Sicht das Selbstbestimmungsinteresse des Operationsverweigerers einen nicht gering einzustufenden Rang einnimmt.

---

161) BGH St 11, 111 ff (113 f): "Denn selbst ein lebensgefährlich Kranker kann triftige und sowohl menschlich wie sittlich achtenswerte Gründe haben, eine Operation abzulehnen, auch wenn er durch sie und nur durch sie von seinem Leiden befreit werden könnte"

(c) Verhältnis beider Interessen zueinander: **Kein Vorrang** feststellbar

Nach Festlegung des Ranges der betroffenen Interessen ist nun deren Verhältnis zueinander zu ermitteln und insbesondere zu prüfen, ob sich angesichts der besonderen Sachlage ein anderes als das oben festgestellte allgemeine Rangverhältnis ergibt.

Die besondere Situation einer gravierenden lebensnotwendigen Operation rechtfertigt einerseits eine höhere Einstufung des Selbstbestimmungsinteresses des Patienten und andererseits eine geringere seines Lebenserhaltungsinteresses. Dieses abweichende Rangverhältnis folgt, wie bereits dargelegt, daraus, daß der Grad der dem Selbstbestimmungsinteresse drohenden Beeinträchtigung im Falle einer gravierenden lebensnotwendigen Operation ungleich höher ist als im allgemeinen. Denn die Konsequenzen eines derart massiven operativen Eingriffs sind gravierend, da sie die Qualität des weiteren Lebens des Patienten entscheidend bestimmen. Der hier zu beurteilende Fall ist nicht vergleichbar mit den Gesichtspunkten, die allgemein das Verhältnis von Leben und Selbstbestimmung prägen. Ging es bei jenen unter anderem um die Frage einer vorübergehenden Freiheitsentziehung im Verhältnis zu einer Tötung, so handelt es sich hier um das völlig anders gelagerte Problem, in welchem Zustand der Betroffene sein gesamtes weiteres Leben verbringen muß.
Den hohen Stellenwert des Selbstbestimmungsinteresses des Patienten zeigt auch das Beispiel der rechtlichen Beurteilung einer unfreiwilligen Blutspende zur Rettung fremden Lebens. Hier ist nach herrschender Auffassung die Anwendung von Zwang durch § 34 StGB nicht gedeckt, da das Selbstbestimmungsinteresse im Rahmen

der Interessenabwägung vor dem Lebenserhaltungsinteresse des Blutempfängers Vorrang genießt 162).
Nach alledem läßt sich für den besonderen Fall einer lebensnotwendigen gravierenden Operation bei einer Abwägung kein Vorrang des Lebenserhaltungsinteresses vor dem Selbstbestimmungsinteresse des Patienten feststellen.

(3) Kein **wesentliches** Überwiegen des geschützen Interesses

Besteht nach den vorigen Ausführungen nicht einmal ein einfacher Vorrang des Lebenserhaltungsinteresses, so ist fraglich, ob das nach § 34 StGB erforderliche **wesentliche** Überwiegen des geschützen Interesses gegenüber dem beeinträchtigten Interesse hier gegeben ist. Nach herrschender Meinung erfordert diese Formulierung eine über ein einfaches Überwiegen hinaus gehende qualifizierte Höherrangigkeit, da eine nur geringe Wertdifferenz die Beeinträchtigung unverhältnismäßig erscheinen lasse und dem Charakter des § 34 StGB als "ultima ratio" nicht gerecht werde 163).

Die Beurteilung des Verhältnisses von Lebenserhaltung und Selbstbestimmung nach diesem Maßstab folgt qua argumentum a maiore ad minus bereits aus dem Ergebnis der oben 164) getroffenen Abwägung. Wenn schon ein

---

162) Statt vieler: Hirsch, LK, 10. Aufl. 1985, § 34 StGB Rdnr. 68 m.w.N.

163) Hirsch, LK, 10. Aufl. 1985, § 34 StGB Rdnr. 76 m.w.N.; abweichend Küper, Das "Wesentliche" am "wesentlich überwiegenden Interesse", in: GA 1983, S. 289 ff (296 f), der dem Merkmal der Wesentlichkeit lediglich Klarstellungsfunktion zuschreibt

164) siehe oben, (2) (c)

einfacher Vorrang der Lebenserhaltung nicht festzustellen ist, kann erst recht nicht von einem qualifizierten Überwiegen gesprochen werden. Das führt zu dem Ergebnis, daß bereits aufgrund der Interessenabwägung des § 34 StGB lebensnotwendige Operationen gegen den Willen des Betroffenen nicht gestattet sind.

cc) Zur Frage der Angemessenheit gemäß § 34 Satz 2 StGB

Unabhängig von der Frage der Interessenabwägung wäre eine lebensnotwendige Operation gegen den Willen des Patienten auch nicht angemessen im Sinne des § 34 Satz 2 StGB. Das Erfordernis der Angemessenheit bildet nach herrschender Auffassung 165) eine zweite, selbständige Wertungsstufe gegenüber der Interessenabwägung und dient der Überprüfung, ob die Tat nach den anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit als eine sachgerechte und vom Ergebnis her zutreffende, obersten Werten und Leitprinzipien der Gemeinschaftsordnung entsprechende Lösung der Konfliktslage anzusehen ist 166).

Eine Anwendung dieser Grundsätze auf die Situation einer Operationsverweigerung zeigt, daß die Durchführung des Eingriffs gegen den Willen des Betroffenen eine mit bedeutsamen Auswirkungen verbundene Mißachtung der Autonomie des Patienten darstellt. Eine so schwerwiegende Vernachlässigung des Willens des Pati-

---

165) Ausführlich zum Meinungsstand: Grebing, GA 1979, 81 ff (89 ff)

166) Vgl. oben, Dritter Teil, § 1 II 3

enten ist mit seiner Menschenwürde sowie mit dem Grundsatz personaler Selbstbestimmung in fundamentalen Angelegenheiten der eigenen Person nicht zu vereinbaren. Andernfalls würde in den unantastbaren Kernbereich der Persönlichkeit eingedrungen. Die angestrebte Lebenserhaltung stünde mit der erzwungenen Operation angesichts ihrer Tragweite und Folgen nicht mehr in einer vertretbaren Relation. Es wäre menschenunwürdig, einen Kranken über seine verantwortliche sittliche Entscheidung hinweg zu zwingen, seinen Körper zum Weiterleben präparieren zu lassen, nur weil dieser Zweck an sich erwünscht erscheint.
Die sozialethische Gesamtbewertung einer vital indizierten Operation wider Willen führt mithin zu dem Resultat, daß von einer Angemessenheit im Sinne des § 34 Satz 2 StGB nicht mehr gesprochen werden kann.

dd) Zwischenresultat: Fehlen der sachlichen Voraussetzungen des § 34 StGB

Es kann festgehalten werden: Gravierende Operationen gegen den ausdrücklichen und ernstlichen Willen des Patienten erfüllen, auch wenn sie der Lebenserhaltung dienen, nicht die inhaltlichen Merkmale des § 34 StGB.

c) Ergebnis zu § 34 StGB: Keine Rechtfertigung

Insgesamt bleibt als Resultat der Untersuchungen zu § 34 StGB festzustellen: Eine Rechtfertigung verweigerter Operationen zur Lebenserhaltung läßt sich aus dem Gesichtspunkt des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) nicht herleiten.

III. **Gesamtergebnis:** Fehlen einer Erlaubnisnorm überhaupt

Den obigen Ausführungen ist zu entnehmen, daß bei verweigerter Einwilligung die Rechtfertigungsgründe der mutmaßlichen Einwilligung und des rechtfertigenden Notstandes nicht eingreifen. Weitere einschlägige Erlaubnissätze kommen, wie oben dargelegt, für eine Rechtfertigung nicht in Betracht. Als Resultat unserer Überlegungen in § 4 ergibt sich somit: **Die beachtliche Einwilligungsverweigerung in lebensbedrohlicher Lage führt zu einem Ausscheiden der einschlägigen Rechtfertigungsnormen und damit zu einem unbedingten strafrechtlichen Verbot gravierender Operationen.**

§ 5 Die Rechtsfolgen der Einwilligungsverweigerung entscheidungsfähiger minderjähriger Patienten

Besonderheiten gegenüber den Ergebnissen in § 4 ergeben sich, wenn ein willensfähiger minderjähriger Patient oder sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung in eine lebensnotwendige gravierende Operation verweigert. Hier kann ein Konflikt zwischen der Selbstbestimmung des reifen Minderjährigen einerseits und den sich aus der Personensorge ergebenden Befugnissen Dritter andererseits auftreten.
Dieser Konflikt betrifft den noch nicht reifen Minderjährigen nicht, da dessen Selbstbestimmungsrecht in diesem Zusammenhang unbeachtlich bleibt 167).

I. Zielkonflikt zwischen Personensorge und Selbstbestimmung bei Einwilligungsverweigerung zu lebensnotwendigen Operationen

Da das Selbstbestimmungsrecht des willensfähigen Minderjährigen anerkannt ist, kann dieser grundsätzlich seine Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen wirksam verweigern 168). Doch kommt dem in der Praxis kaum Bedeutung zu, weil meistens die als Voraussetzung erforderliche Reife nach Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf **achtzehn** Jahre nur noch selten zu bejahen sein wird 169).

---

167) Siehe oben, Zweiter Teil, § 2 II bei Fußnoten 30 ff

168) Münchkomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 32, 450; Trockel, NJW 1972, 1493 ff (1496 in Fußnote 29)

169) Vgl. Münchkomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 32; BGH NJW 1972, 335 ff (337) führt aus, "zwischen Minderjährigen im **einundzwanzigsten** und solchen im **siebzehnten** Lebensjahr bestünden in bezug auf geistige Entwicklung und allgemeine Reife regelmäßig erhebliche Unterschiede"; hingegen hält LG München, NJW 1980, 646 die erforderliche Reife bei einer **Sechzehn**jährigen für gegeben

Andererseits geht das bürgerliche Gesetzbuch ohne weitere Differenzierung davon aus, daß Personen unter **achtzehn** Jahren uneingeschränkt der Aufsicht des Personensorgerechtsinhabers bedürfen. Dabei ist Aufgabe der Personensorge die Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung des Minderjährigen und damit die Gewährung von Schutz und Hilfe, um ihn zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln 170). Allerdings ist gemäß § 1626 Abs. 2 BGB das wachsende Bedürfnis des Minderjährigen zu selbständigem und verantwortungsbewußtem Handeln zu berücksichtigen 171), so daß mit zunehmendem Alter das Personensorgerecht immer mehr zugunsten des Entscheidungsrechts des Minderjährigen zurücktritt 172).

Der Zielkonflikt zwischen Personensorge und Selbstbestimmung tritt auf, wenn die Einwilligung zu einer vital indizierten Operation, die bei einem entscheidungsfähigen Minderjährigen ansteht, von diesem oder dem Personensorgeberechtigten gegen den Willen des jeweils anderen verweigert wird. Welchem Recht im Rahmen dieses Konfliktes der Vorzug einzuräumen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beurteilt.

---

170) BVerfG FamRZ 1968, 578 ff (584); Palandt/Diederichsen, § 1626 BGB Anm. 1, 4 a) aa)

171) Vgl. § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung vom 15. 7. 1921 (RGBl. S. 939 und BGBl. III 404-9), der ein eigenes Entscheidungsrecht des Kindes ab dem **vierzehnten** Lebensjahr normiert

172) Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetzkommentar, Art. 6 Rdnr. 25 g

1. Die Position der **Judikatur**

Der Bundesgerichtshof läßt zwar grundsätzlich für die **Erteilung** der Einwilligung zu lebensnotwendigen Operationen die Entscheidung des reifen Minderjährigen genügen 173). Eine höchstrichterliche Entscheidung, die unmittelbar den Fall einer Einwilligungs**verweigerung** Minderjähriger betrifft, existiert allerdings bisher nicht.
Im Gegensatz zu dieser Auffassung steht jedoch ein Urteil des Landgerichts München, das bei ausreichender geistiger und sittlicher Reife keinen Raum mehr für eine Entscheidung des Sorgerechtsinhabers sieht 174).

2. Die Auffassung der **Lehre**

Im Schrifttum wird der Konflikt zwischen Personensorgerecht und Selbstbestimmungsrecht des entscheidungsfähigen Minderjährigen unterschiedlich gelöst.

a) **Erste Meinung:** Vorrang des Personensorgerechts

Einige Autoren halten das Personensorgerecht gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht in solchen Fällen, in denen eine Übereinstimmung nicht zu erzielen ist, für grundsätzlich vorrangig, da die Personensorge namentlich im Hinblick auf die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf **achtzehn** Jahre für alle Minderjährigen uneingeschränkt erforderlich sei 175).

---

173) BGH Z 29, 33 ff (36); BGH NJW 1959, 825 f (825); BGH NJW 1972, 335 ff (337)

174) LG München I, NJW 1980, 646

175) MünchKomm/Gitter, 2. Aufl., Vor § 104 BGB Rdnr. 88; Soergel/Fahse, 11. Aufl., § 227 BGB Rdnr. 19; Bosch, FamRZ 1959, 202 f

b) **Zweite Meinung:** Vorrang des Selbstbestimmungsrechts

Die wohl überwiegende Auffassung hingegen will den entscheidungsfähigen Minderjährigen grundsätzlich allein über die Frage der Einwilligung bestimmen lassen, da bei entsprechender Reife für eine Vertretung insoweit kein Bedürfnis mehr bestehe **176)**. Eine Ausnahme soll nur bei offensichtlichen Fehlentscheidungen gelten, bei denen das Personensorgerecht aus seiner Rolle als im Hintergrund stehendes Aufsichtsrecht wieder zum Entscheidungsrecht erstarken soll **177)**.

3. **Stellungnahme und eigene Auffassung:** Absoluter Vorrang des Selbstbestimmungsrechts

Zum Standpunkt des Bundesgerichtshofes ist zu bemerken, daß dessen Entscheidungen das hier vorliegende Problem nicht betreffen. Den vorhandenen Entscheidungen läßt sich nicht entnehmen, wie das Verhältnis von Personensorge und Selbstbestimmung bei verweigerter Einwilligung zu einer lebensnotwendigen Operation zu beurteilen sein soll. Auch ist nicht einzusehen, weshalb die Fähigkeit, eine Einwilligung rechtswirksam zu verweigern, abstrakt an ein bestimmtes Lebensalter gebunden sein soll. Denn die Volljährigkeitsbestimmung des § 2 BGB gilt nur im rechtsgeschäftlichen Bereich.

---

176) MünchKomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 32, 450; Gernhuber, Familienrecht, § 49 VI 4, S. 724 f; Trockel, NJW 1972, 1493 ff (1496); Boehmer, MDR 1959, 705 ff (707); Lenckner, ZStW 72 (1960), 446 ff (462 f)

177) Lenckner, ZStW 72 (1960), 446 ff (463); Gernhuber, Familienrecht, § 49 VI 4, S. 725; **anderer Ansicht** ist Boehmer, MDR 1959, 705 f (707), der in jedem Fall die Entscheidung des Minderjährigen für maßgeblich hält

Für die Willensfähigkeit dagegen kommt es nur auf die **natürliche** Reife, Einsichts- und Urteilsfähigkeit an. Diese muß in Einzelfällen auch einem unter **achtzehn** Jahre alten Jugendlichen zugebilligt werden können.

Dem herrschenden Schrifttum ist darin zuzustimmen, daß bei ausreichender Reife des Minderjährigen kein Bedürfnis für eine Vertretung durch den Personensorgeberechtigten mehr besteht. Dagegen kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden, soweit bei "offensichtlichen Fehlentscheidungen" ausnahmsweise das Aufsichtsrecht des Personensorgerechtsinhabers wieder maßgebend sein soll. Eine solche Ausnahme würde eine Generalklausel bedeuten, die ungewöhnliche und aus höchstpersönlichen Gründen getroffene Entscheidungen -namentlich eine Einwilligungsverweigerung zu einer lebensnotwendigen Operation - unwirksam machen und so die echte Selbstbestimmung des Minderjährigen aushöhlen könnte. Eine wirklich eigenverantwortliche Selbstbestimmung schließt aus, daß der Inhaber des Personensorgerechts letztlich doch die Entscheidung trifft.

Damit erscheint es angemessen, dem reifen Minderjährigen auch uneingeschränkt die Berechtigung zur Selbstbestimmung zuzugestehen. Denn der reife Jugendliche ist insoweit der Personensorge enthoben, als deren Ziel, ihn zu einer selbstverantwortlichen Persönlichkeit heranzubilden, schon erreicht ist.

Für dieses Ergebnis spricht auch der Umstand, daß selbst dann, wenn die erforderliche Reife noch nicht vollständig erreicht ist, dem Minderjährigen in eigenen Belangen ein teilweise weitgehendes Mitsprache- bzw. Entscheidungsrecht eingeräumt wird. Dies hat der Gesetzgeber in verschiedenen Bereichen ausdrücklich klargestellt 178). Der Regelungsgrund dieser Vorschriften liegt in der Anerkennung der Eigenständigkeit und in der Achtung der Persönlichkeit des Jugendlichen. Angesichts der genannten Regelungen erscheint es daher konsequent, die bedeutungsvolle Entscheidung über eine lebensnotwendige gravierende Operation jedenfalls dann allein dem Minderjährigen zu überlassen, wenn sicher feststeht, daß dieser die erforderliche Reife und Entscheidungsfähigkeit besitzt. Denn im Gegensatz zu den §§ 104 ff BGB, die Eigentum und Vermögen des Minderjährigen schützen sollen, geht es bei der Vertretung in Fragen der Einwilligung um den Schutz der Person des Minderjährigen. Zwar ist dieser Schutz im Verhältnis zu dem der §§ 104 ff BGB wegen der größeren Bedeutung des Schutzgutes wichtiger; gleichwohl kann er zu einem früheren Zeitpunkt enden als jener, da die Entscheidung über die Einwilligung höchstpersönlicher Natur ist und daher so früh wie möglich Selbstbestimmung statt Fremdbestimmung herrschen muß.

---

178) Neben Befugnissen im rechtsgeschäftlichen Bereich (vgl. etwa die §§ 1729, 2229 BGB) und den strafprozessualen Weigerungsrechten eines Jugendlichen (vgl. etwa die §§ 52 Abs. 2, 81 c Abs. 3 StPO) regelt beispielsweise § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung die religiöse Selbstbestimmung bereits ab einem Alter von **zwölf** Jahren (vgl. dazu Lenckner, ZStW 72 (1960), 446 ff (457 f); Boehmer, MDR 1959, 705 ff (707); Gernhuber, Familienrecht, § 49 VI 6 und 7, S. 726)

Dieses Ergebis vermeidet zudem die Gefahr einer Fehlentscheidung des Personensorgerechtsinhabers. Denn seine Entscheidung könnte leicht neben Gesichtspunkten der Personensorge auch die eigenen Interessen oder die eigene Weltanschauung berücksichtigen und so ein unabhängiges Urteil im Sinne des Minderjährigen verhindern. Besonders bei abweichendem Willen des reifen Jugendlichen wäre eine solche Entscheidung mit dem Selbstbestimmungsrecht unvereinbar.

Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Gründe der Entscheidung des Minderjährigen dem Personensorgerechtsinhaber als sachfremd erscheinen oder nach seiner Auffassung in der Person des Jugendlichen selbst begründet sind **179)**.
Denn da die Entscheidung des Minderjährigen seine eigene Person betrifft, trägt er bei vorhandener Reife die Verantwortung für sie, so daß für eine Überprüfung durch den Sorgerechtsinhaber auf Vernünftigkeit und Sachgerechtigkeit kein Raum bleibt. Das Personensorgerecht wird hierdurch nicht entgegen der gesetzgeberischen Wertentscheidung in den §§ 2, 1626 BGB entbehrlich; vielmehr ist die Personensorge im rechtsgeschäftlichen Bereich bis zur Altersgrenze von **achtzehn** Jahren und bei der Einwilligung bis zum Eintritt der Reife bedeutsam und sinnvoll.
Schließlich trifft es nicht zu, daß auch bei vorhandener Reife für eine Entscheidung des Inhabers des Personensorgerechts jedenfalls bei besonders schwerwiegenden Eingriffen ein Bedürfnis bestünde **180)**. Gerade umgekehrt ist es notwendig, daß der Betroffene selbst

---

179) So aber MünchKomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 450; Lenckner, ZStW 72 (1960), S. 446 ff (463)

180) So aber Lenckner, ZStW 72 (1960), 446 ff (461); MünchKomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 32

sein Schicksal umso eher bestimmen können muß, je größer die Tragweite seiner Entscheidung ist. Denn gerade hier gewinnt seine Selbstbestimmung die Bedeutung, die ihr Wesen ausmacht.

II. Auswirkungen des Vorrangs der Selbstbestimmung auf die verschiedenen möglichen Fallkonstellationen

Aus dem soeben dagelegten absoluten Vorrang des Selbstbestimmungsrechts ergeben sich für die Frage, wann eine Einwilligungsverweigerung beachtet werden muß, die folgenden Konsequenzen. Im wesentlichen sind drei Konstellationen zu unterscheiden.

1. Beachtlichkeit der Verweigerung bei übereinstimmender Entscheidung von Minderjährigem und Personensorgerechtsinhaber

Stimmen Minderjähriger und Personenrechtsinhaber in der Ablehnung der lebensnotwendigen Operation überein, so besteht kein Konflikt zwischen Personensorge und Selbstbestimmung; die Verweigerung ist beachtlich.

Etwas anderes folgt auch nicht aus § 1666 BGB. Selbst wenn man nämlich dieser Vorschrift entnimmt, daß die Verweigerung des Personensorgerechtsinhabers einen Sorgerechtsmißbrauch bedeutet und eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung notwendig macht **181)**, ergibt sich keine andere Beurteilung. Denn nach den obigen Ausführungen gebührt dem Selbstbestimmungsrecht des reifen Minderjährigen in jedem Fall der Vorrang, so daß es auf eine anders lautende Entscheidung aus sorgerechtlichen Gesichtspunkten nicht ankommt.

---

181) Dazu etwa Palandt/Diederichsen, § 1666 BGB Anm. 4 a) aa)

Im übrigen gibt die Bestätigung der Einwilligungsverweigerung des Minderjährigen durch den Sorgerechtsinhaber dieser persönlichen Entscheidung ein noch stärkeres Gewicht, so daß es verfehlt wäre, sie zu übergehen.

2. Beachtlichkeit der Verweigerung des Minderjährigen trotz Zustimmung des Peronensorgerechtsinhabers

Verweigert der urteilsfähige Minderjährige trotz Zustimmung des Personensorgerechtsinhabers seine Einwilligung, so geht - wie dagelegt - sein Selbstbestimmungsrecht der Personensorge vor **182)**. Auch wenn man die Einwilligungsverweigerung des Minderjährigen in lebensbedrohlicher Lage als offensichtliche Fehlentscheidung wertet **183)**, so gibt dies bei entsprechender Reife dem Personensorgerechtsinhaber keine Befugnis, dieser in eigenverantwortlicher Ausübung des Selbstbestimmungsrechts getroffenen Entscheidung zu widersprechen **184)**.

3. Unbeachtlichkeit der Verweigerung des Personensorgerechtsinhabers trotz Zustimmung des Minderjährigen

Verweigert schließlich der Personensorgerechtsinhaber die Einwilligung, während der reife Minderjährige sie erteilt - etwa wenn Eltern aus religiöser Überzeugung

---

182) So auch MünchKomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 32, 450; Boehmer, MDR 1959, 705 ff (707); Gernhuber, Familienrecht, § 49 VI 4, S. 725

183) So wohl Lenckner, ZStW 72 (1960), 446 ff (463); MünchKomm/Mertens, § 823 BGB Rdnr. 450

184) Ebenso ist der Fall zu beurteilen, daß die Entscheidung des Personensorgerechtsinhabers aus **tatsächlichen** Gründen nicht eingeholt werden kann

eine Operation an ihrem Kind wegen der damit verbundenen Bluttransfusion ablehnen -, so ist diese Weigerung unbeachtlich 185). Auch dies folgt aus dem dagelegten Vorrang des Selbstbestimmungsrechtes des reifen Minderjährigen 186).

---

185) Kann der Minderjährige aus **tatsächlichen** Gründen nicht befragt werden, so stellt die Weigerung des Personensorgerechtsinhabers einen Mißbrauch seines Sorgerechts dar und ist unbeachtlich; die dargelegten allgemeinen Grundsätze finden wieder Anwendung

186) Zur Frage, ob diese elterliche Weigerung einen Sorgerechtsmißbrauch im Sinne des § 1666 BGB bedeutet, vgl. Palandt/Diederichsen, § 1666 BGB Anm. 4 a) aa). Unabhängig davon besteht die zivilrechtliche Problematik der Auswirkungen dieser Weigerung auf das wirksame Zustandekommen eines Behandlungsvertrages; dazu Gernhuber, Familienrecht, § 49 VI 4 a. E., S. 725

Vierter Teil: Zur rechtlichen Beurteilung der Verweigerung einer lebensnotwendigen Operation durch den Suizidpatienten

Die bisher angestellten Überlegungen betreffen den Patienten, der unerwartet in Lebensgefahr geraten ist und nunmehr die zur Lebenserhaltung zwingend erforderliche Operation wegen ihrer verstümmelnden Folgen ablehnt. Andere Maßstäbe müssen für einen Verletzten gelten, der sich nach einem gescheiterten Suizidversuch in Lebensgefahr befindet und in konsequenter Verfolgung seines Selbsttötungswillens den notwendigen operativen Eingriff des Arztes verweigert.

Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Lehre folgt die Selbstbestimmung bei Suizidpatienten besonderen Regeln. Im Folgenden soll kritisch untersucht werden, ob sich die praktizierte rechtliche Einordnung des Selbsttötungswillens aus der speziellen Eigenart des Suizids begründen läßt und wie sich diese Sonderbehandlung in die allgemein entwickelten Selbstbestimmungsgrundsätze dogmatisch einfügt.

§ 1 Die Rechtsprechung zur Einwilligungsverweigerung von Todkranken einerseits und Suizidpatienten andererseits

I. Rechtsfolge einer verweigerten Einwilligung Todkranker: Strafrechtiches Verbot der Operation

Das Recht des Patienten auf freie Selbstbestimmung über seinen Körper erkennt die Rechtsprechung auch dem lebensgefährlich Erkrankten zu. Der Patient könne

"triftige und sowohl menschlich wie sittlich achtenswerte Gründe" haben, so daß seine Entscheidung, eine Operation nicht durchführen zu lassen, vom Arzt zu respektieren sei 1).

II. Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willens bei Suizidpatienten: Strafrechtliches Gebot operativen Eingreifens

1. Zum Begriff des Suizidpatienten

Vorab soll der hier benutzte Terminus "Suizidpatient" näher erläutert werden. Um die irreführende Bezeichnung **"Selbstmord"** zu vermeiden, wird hier präziser von Selbsttötung, Selbstvernichtung oder von Suizid die Rede sein 2).

Nun könnte fraglich sein, ob angesichts der Vielfalt denkbarer Fallvarianten nicht eine Differenzierung am Platz wäre. So könnte der nach erfolglosem Selbsttötungsversuch lebensgefährlich Verletzte anders zu behandeln sein als der unbeabsichtigt in Lebensgefahr geratene Patient, der - um seine Zustimmung zur Operation gebeten - nunmehr beschließt, Suizid zu begehen.

Der tragende Gesichtspunkt für die Rechtsprechung zu ärztlichen Eingriffen an Suizidenten dürfte indes in der Bewertung des Willens zur Selbsttötung liegen. Da dieser Wille aber in allen Fällen, nur zu unterschiedlichen Zeitpunkten, gefaßt wurde, erscheint es gerechtfertigt, mit dem Bundesgerichtshof allgemein von "dem Suizidpatienten" zu sprechen.

---

1) RG St 25, 375 ff (382); BGH St 11, 111 ff (113 f); BGH JZ 1983, 151 ff (152); dazu Uhlenbruck, in: Rhein. Ärzteblatt 37 (1983), S. 801 f; Anmerkungen zu dieser Entscheidung bringen Geiger in: JZ 1983, 152 f sowie Lilie in: NStZ 1983, 313 f; LG München I, NJW 1968, 2303.
Aus der Ziviljudikatur: BGH Z 29, 46 ff (49); BGH Z 29, 176 ff (179);

2) Ebenso Weis, Freitod in Unfreiheit, in: ZRP 1975, 83 ff (84)

2. Die herrschende Judikatur zur ärztlichen Eigenmacht gegenüber Suizidpatienten

Die Position des Bundesgerichtshofes zur Frage der strafrechtlichen Verpflichtung zu ärztlichen Heileingriffen gegen den Willen des Suizidpatienten hängt davon ab, ob der Arzt eine Garantenstellung einnimmt.

a) Der ärztliche Garant

Strafrechtliche Schutz- und Beistandspflichten treffen den Arzt als Garanten für Leben und Gesundheit seines Patienten, wenn er dessen Behandlung entweder tatsächlich 3) übernommen oder sich zur Übernahme - etwa als Notarzt im ärztlichen Bereitschaftsdienst 4) - verpflichtet hat. Eine hierüber hinausgehende Pflicht des Arztes, die etwa seinem Berufsbild oder der ärztlichen Standesethik zu entnehmen wäre, besteht nicht 5).
Die aus einer solchen Garantenstellung erwachsenden Pflichten gegenüber einem Suizidenten hat die Judikatur näher eingegrenzt. Sie fordert allgemein vom Garanten die Rettung des Suizidenten - und damit vom Arzt die lebensrettende Operation des Suizidpatienten -, sofern sie möglich ist und zwei Voraussetzungen vorliegen:

---

3) Auf die Rechtswirksamkeit des der Behandlungsübernahme zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes kommt es nicht an. Vielmehr ist die sozialethische Gebundenheit maßgeblich (vgl. OLG Celle, NJW 1961, 1939 ff (1939)

4) BGH NJW 1955, 718 f; Kohlhaas, Medizin und Recht, 1969, S. 63 ff

5) Der Arzt ist in der Ausübung seines Berufes grundsätzlich frei (anders nur Schulz, Der Arzt vor dem Richter, 1961, S. 49, der eine Berufspflicht zur Übernahme der ärztlichen Behandlung annimmt) und kann eine Behandlung auch ablehnen (etwa Kohlhaas, Medizin und Recht, 1969, S. 99 f; siehe auch § 1 Abs. 4 der Berufsordnung für die deutschen Ärzte); zu den Grenzen vgl. Siebert, Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, 1982

Erstens muß der Garant Tatherrschaft besitzen, d.h. der Suizident bereits bewußtlos oder doch handlungsunfähig geworden sein. **Zweitens** darf der Garant den Selbsttötungswillen nicht bewußt respektieren.
Sind diese Bedingungen erfüllt, so liegt grundsätzlich Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen 6) Tötungsdeliktes (§ 13 i.V.m. §§ 212, 216 StGB) vor 7).
Diese heftig umstrittene 8) Rechtsprechung beruht -im Gegensatz zu früheren Entscheidungen 9) - nicht mehr uneingeschränkt auf der Annahme, der Wille des Selbstmörders sei rechtlich bedeutungslos, sondern erkennt eine Verantwortlichkeit des Suizidenten im Grundsatz an.

b) Der ärztliche Nicht-Garant

Befindet sich der Arzt dem Patienten gegenüber nicht in einer besonderen Garantenposition, so können ihn nur die allgemeinen Handlungspflichten treffen. Aus seinem Berufsstand ergibt sich eine gesteigerte Verantwortlichkeit gegenüber der Allgemeinheit nicht 10).
Der Judikatur zufolge besteht eine allgemeine Pflicht zur Hilfeleistung bei einem Suizidversuch. Das ergibt sich aus der Bewertung der Gefahrenlage, die aus einem

---

6) Die bloß fahrlässige Mitverursachung einer Selbsttötung ist nicht strafbar; vgl. BGH NJW 1972, 1207 f; zu dieser Entscheidung die bei Jähnke, LK, Vor § 211 StGB Rdnr. 23 in Fußnote 50 Genannten

7) BGH St 13, 162 ff (167); BGH NJW 1960, 1821 f; zuletzt BGH NJW 1984, 2639 ff (2641 f); ferner OLG Düsseldorf, NJW 1973, 2215 f; BayObLG, NJW 1973, 565 f

8) Kritisch zu ihr etwa: Jähnke, LK, Vor § 211 StGB Rdnr. 24; Krey, BT-1, S. 28 ff

9) BGH St 2, 150 ff (156); BGH St 6, 147 ff (153 f); BGH St 7, 268

10) BGH St 2, 296 ff (299 f); BGH NJW 1966, 1172 f (1173); dazu insbesondere Kreuzer, Ärztliche Hilfeleistungspflicht, 1965, S. 73 ff, 78 ff

Selbstmordversuch entsteht, als **Unglücksfall** im Sinne des § 323 c StGB 11). Der Arzt hat danach die vital indizierte Operation an dem Suizidpatienten durchzuführen. Dessen entgegenstehender Wille widerspricht den guten Sitten und darf nicht beachtet werden, da eine Befugnis zur Verfügung über das eigene Leben nicht besteht 12).

Das damit statuierte strafrechtliche Gebot an den Arzt, einen Suizid in jedem Fall zu verhindern, wurde erst jüngst bestätigt 13). Eine wichtige Begründung für diese Jurisdiktion liegt darin, daß dem Hilfspflichtigen eine Analyse des Selbsttötungswillens wegen der praktischen Schwierigkeiten nicht zugemutet werden könne 14).

III. Kritik aus dem Schrifttum: Diese Rechtsprechung enthält einen Widerspruch

Die soeben dargelegte Judikatur trifft in der Lehre fast ausnahmslos auf Ablehnung. Wenn einerseits dem Arzt bei Strafe verboten werde, den Todkranken gegen seinen Willen zu operieren, dann könne der Mediziner nicht andererseits unter Strafandrohung verpflichtet werden, die Verweigerung des Suizidpatienten zu mißachten und ihn mit einer Operation zu retten. Dies sei widersprüchlich und verursache große Rechtsunsicherheit: Der Arzt könne im Einzelfall nicht wissen, wie er sich zu verhalten habe, um nicht bestraft zu werden. Ein mit Strafe

---

11) BGH St 6, 147 ff (152 ff); BGH St 13, 162 ff (169); BGH NJW 1984, 2639 ff (2641); OLG Düsseldorf, NJW 1973, 2215 f (2216)

12) BGH St 6, 147 ff (153)

13) BGH JZ 1983, 151 ff (152); dazu Uhlenbruck, in: Rhein. Ärzteblatt 37 (1983), S. 801 f; BGH NJW 1984, 2639 ff (2641 f); dazu Brändel, ZRP 1985, 85 ff

14) BGH St 6, 147 ff (153 f)

bedrohtes Verhalten müsse zu dem im voraus hinreichend klar erkennbar sein 15).

Zur Prüfung der Frage, ob der dargelegte Widerspruch tatsächlich besteht, soll die Rechtslage im Folgenden näher untersucht werden.

---

15) In diesem Sinne etwa: Engisch, Die rechtliche Beurteilung, in: Heidelberger Jahrbücher IV (1960), S. 47 ff (51); Hardwig, Betrachtungen, in: GA 1965, 161 ff (168); Geilen, Einwilligung, 1963, S. 140 in Fußnote 357; Wagner, Selbstmord, 1975, S. 56 ff, 107; Roß, NJW 1959, 2283 ff (2283 a.E.f); Kromer, Dissertation, S. 302 f; Wöbker, Dissertation, S. 70 f; Blindauer, Dissertation, S. 47 f; Kritisch auch Barnikel, Über die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, in: Med. Welt 30 (1979), S. 1941 f; Brändel, ZRP 1985, 85 ff (86).

Aus dem medizinischen Schrifttum: Göppinger, Die Aufklärung und Einwilligung, in: Fortschritte 24 (1956), S. 53 ff (95 a.E.); Ehrhardt/Villinger, in: Gruhle u.a. (hg.), Psychiatrie der Gegenwart, Bd. III, 1961, S. 198 f

§ 2 Ansätze in der Rechtslehre zur Erklärung dieser gegensätzlichen Rechtsprechung

Der Versuch der Literatur, die Auffassung der Rechtsprechung zur ärztlichen Hilfspflicht gegenüber Suizidpatienten trotz der aufgezeigten Diskrepanz mit der Rechtsprechung zum Selbstbestimmungsrecht zu begründen **16)**, hat zu einer Suche nach brauchbaren Kriterien geführt **17)**. Es scheint aber - nicht zuletzt aufgrund der ineinander übergehenden Konstellationen **18)** - bisher nicht gelungen zu sein, mithilfe dieser Kriterien die Unterschiede überzeugend darzustellen.
Im Folgenden ist darzulegen, aus welchen Gründen die angeführten Kriterien unzureichend sind.

---

16) Zustimmend zur Rechtsprechung etwa: Gallas, JZ 1954, 641 f (641 f); Bringewat, ZStW 87 (1975), 623 ff (638); Seeler, NJW 1958, 1860 f (1861); Spann/Liebhardt/Braun, Ärztliche Hilfeleistungspflicht, in: Festschrift Bockelmann, 1979, S. 487 ff (491); Schwalm, Grenzen, 1961, S. 30; Ders., Sechzehn Thesen, in: Krankenhausarzt 33 (1960), S. 87 f (These 15); Schleifer/Pribilla, Zur Problematik, 1973, S. 24; Hollmann, in: Dtsch. Med. Wschr. 1975, 1812; für die besondere Situation in Strafanstalten: Linck, NJW 1975, 18 ff (20 bei Fußnote 18); Siegmund-Schultze, in: Arztrecht, 1976, 37 ff (44 a.E.)

17) Etwa: Wagner, Selbstmord, 1975, S. 60 ff; Kreuzer, in: Mergen (hg.), Die juristische Problematik, Bd. II, 1971, S. 217 ff (237); Ders., Ärztliche Hilfeleistungspflicht, 1965, S. 68 f; Wöbker, Dissertation, S. 78 f

18) Kreuzer, Ärztliche Hilfeleistungspflicht, 1965, S. 64 ff macht deutlich, daß die Übergänge fließend sind; er unterscheidet jedoch zwischen (echten) Selbstmorden und Unglücksfällen (Operationsverweigerungen) mit selbstmordähnlichem Charakter

I. Grundsätzliche Andersartigkeit der sittlichen Bewertung beider Fälle

Zunächst wird vorgebracht, der Suizid verstoße gegen das Sittengesetz. Der auf die Vernichtung des eigenen Lebens gerichtete Wille widerspreche den guten Sitten als den anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit 19).

Hiergegen läßt sich zum einen anführen, die so begründeten Schranken der Selbstbestimmung müßten auch für den Operationsverweigerer gelten 20), weil dem Patienten die Entscheidung zwischen Sterben und verstümmeltem Weiterleben sittlich freigestellt bleibt.
Zum anderen läßt sich eine Selbsttötung ohne Rücksicht auf ihre Motive nicht eo ipso als sittenwidrig deklarieren 21).
Schließlich kann aus einer sittlichen Mißbilligung nicht unbedingt auf eine rechtliche Unbeachtlichkeit des Selbsttötungswillens geschlossen werden 22).

---

19) Schwalm, Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, 1961, S. 30; 32; Bockelmann, NJW 1961, 945 ff (950); Wagner, Selbstmord, 1975, S. 59; Kaufmann, ZStw 73 (1961), 341 ff (369); Engisch, in: Heidelberger Jahrbücher, Bd. IV (1960), S. 47 ff (53); zur Sittenwidrigkeit des Selbsttötungswillens vgl. BGH (GS) St 6, 147 ff (153)

20) Göppinger, in: Fortschritte 24 (1956), S. 53 ff (95 f); Kreuzer, in: Mergen (hg.), Die juristische Problematik, Bd. II, 1971, S. 217 ff (237 bei Fußnote 58)

21) Ähnlich Wöbker, Dissertation, S. 78

22) Kromer, Dissertation, S. 302

II. Unterschiede in der Willensrichtung bei beiden Patientengruppen

Ein weiterer Aspekt betrifft die **Finalität** des einer lebensnotwendigen Operation entgegenstehenden Willens. Man argumentiert, der Suizident **wünsche den Tod,** der Operationsverweigerer hingegen **wolle ihn nicht,** sondern hoffe auf Rettung, aber ohne die Durchführung der unerwünschten Operation 23). Die subjektive Haltung des Todkranken gehe dahin, dem Schicksal seinen Lauf zu lassen. Hier könnten auch religiöse Motive eine Rolle spielen, die im Gegensatz zum Selbstmörder durchaus Anerkennung verdienten 24).

Gegen diese Differenzierung spricht, daß die höchstpersönliche Motivation dafür, die Einwilligung zu verweigern, letztlich doch unergründlich und nicht nachvollziehbar bleiben kann. Zu Recht wird die Frage gestellt, wie es denn mit einem Kranken stehe, hinter dessen Verweigerung sich der tatsächliche Wille, zu sterben, verberge 25). Auch dieser Gesichtspunkt kann daher nicht überzeugen 26).

---

23) Namentlich Erdsiek, NJW 1959, 807 ff (809); ferner: Ranft, Hilfspflicht, in: Festschrift Schwinge, 1973, S. 111 ff (119); Wöbker, Dissertation, S. 72; Laufs, Arztrecht, Rdnr. 98 a.E., vgl. auch OLG Hamm, NJW 1966, 1168

24) Weissauer/Hirsch, Dtsch. Med. Wschr. 103 (1978), 1770 ff; Dagegen Barnikel, Dtsch. Med. Wschr. 104 (1979), S. 330 f

25) Engisch, in: Heidelberger Jahrbücher Bd. IV (1960), S. 47 ff (54); Wöbker, Dissertation, S. 73

26) Weitere Kritik bei Wagner, Selbstmord, 1975, S. 59 Fußnote 122; Kreuzer, in: Mergen (hg.); Die juristische Problematik, Bd. II, 1971, S. 217 ff (237 bei Fußnote 57); Schmidt, Eberhard, Gutachten, S. 126 f bei Fußnote 269

III. Verschiedenheit der Verursachung des lebensbedrohlichen Zustandes

Häufig wird darauf hingewiesen, man müsse zwischen aktivem und passivem Selbstmord unterscheiden 27). Ob jemand aktiv Hand an sich lege und selbst die Ursache für seinen Tod setzen wolle, oder ob ein Patient nur der Krankheit ihren schicksalhaften Verlauf lassen wolle, sei zweierlei 28).
Der Suizident wolle zudem überhaupt nicht, der Operationsverweigerer dagegen lediglich nicht in einer bestimmten Weise behandelt werden 29).
Ferner könne der Todkranke sich über längere Zeit hinweg latent in lebensbedrohlichem Zustand befinden, während beim Suizidpatienten regelmäßig eine plötzliche Veränderung seines bisherigen Gesundheitszustandes eingetreten sei 30).

Dem wird zu Recht entgegengehalten, daß ein Suizid ebenso wie eine Straftat sowohl durch positives Handeln als auch durch Unterlassen begangen werden könne 31).

---

27) Dünnebier, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 119 Rdnr. 185; Kohlhaas, JR 1974, 389 f; Krey, BT-1, S. 68

28) Kaufmann, ZStW 73 (1961), S. 341 ff (369 f); Engisch, ZStW 58 (1939), S. 1 ff (24); Grünwald, ZStW 73 (1961), S. 5 ff (38 f bei Fußnote 88); Herzberg, ZStW 91 (1979), S. 557 ff (581 a.E.); Möllering, Schutz des Lebens, 1977, S. 51 a.E. f; Weißauer/Hirsch, in: Informationen des Berufsverbandes der deutschen Chirurgen, Nr. 8/1979, S. 122

29) Engisch, ZStW 58 (1939), S. 1 ff (24); Ebert, JuS 1976, 319 ff (322 a.E. f)

30) Kohlhaas, in: Dtsch. Med. Wschr. 1962, 1157 ff (1162 f)

31) Spann/Liebhardt/Braun, Ärztliche Hilfeleistungspflicht, in: Festschrift Bockelmann, 1979, S. 487 ff (492); Schwabe, JuS 1972, 380 ff (385); Arndt/v. Olshausen, JuS 1975, 143 ff (150)

Diese Unterscheidung erfasse nicht alle denkbaren Fälle 32). Wer versehentlich Gift einnimmt und so in Lebensgefahr gerät, kann durch Behandlungsverweigerung durchaus einen Selbsttötungswillen zum Ausdruck bringen 33).

IV. Abweichungen in der Intensität der erforderlichen ärztlichen Maßnahme

Zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung wird weiterhin geltend gemacht, bei Suizidenten würden regelmäßig nur harmlose Eingriffe des Arztes wie etwa durch Magenauspumpen erforderlich, während Operationsverweigerer meist eines riskanten, jedenfalls aber schweren Eingriffs bedürften 34).

Für die vorliegende Untersuchung besitzt diese Abgrenzung bereits aufgrund der Aufgabenstellung keine Bedeutung, da es ohnehin nur um gravierende Operationen geht 35).

---

32) Kreuzer, in: Mergen (hg.), Die juristische Problematik, Bd. II, 1971, S. 217 ff (237 bei Fußnote 56 a)

33) Dieses Beispiel bringt - zu Recht - Kreuzer, Ärztliche Hilfeleistungspflicht, 1965, S. 64

34) So Engisch, Die rechtliche Beurteilung, in: Heidelberger Jahrbücher, Bd. IV (1960), S. 47 ff (54 f, 63 f); Laufs, Arztrecht, Rdnr. 99

35) Stichhaltig ist dieses Argument jedenfalls nicht: Mitunter ist es nämlich gerade umgekehrt; vgl. Kreuzer, in: Mergen (hg.), Die juristische Problematik, Bd. II, 1971, S. 217 ff (237 bei Fußnote 59); Wagner, Selbstmord, 1975, S. 61; Wöbker, Dissertation, S. 74

V. Sonstige Kriterien

Als weiteres Unterscheidungsmerkmal ist hervorgehoben worden, zwischen Todkrankem und Operateur bestehe ein besonderes Vertrauensverhältnis, welches ein Suizidpatient zu dem Arzt nicht besitze **36)**.
Allgemeingültig und zuverlässig dürfte dieses Kriterium indes auch nicht sein; immerhin kennen sich ein schwerverletzter Unfallpatient und der Notarzt höchstens in Ausnahmefällen.

VI. Zwischenergebnis

Die im Schrifttum aufgezeigten vielfältigen Aspekte vermögen nach alledem die Diskrepanz in der Rechtsprechung zwischen dem strafrechtlichen Verbot, den todkranken Einwilligungsverweigerer zu operieren, und dem strafrechtlichen Gebot, den Suizidpatienten zu retten, nicht befriedigend zu begründen.

Wenn die Rechtsprechung daher richtig und die scharfe Kritik an ihr unberechtigt ist, so bedarf es einer fundierten Begründung für die entgegengesetzte Behandlung der genannten Fallgruppen.

---

36) Erdsiek, NJW 1959, 807 ff (809); Laufs, Arztrecht, Rdnr. 98 a.E.

§ 3 Versuch einer Konzeption zur Lösung der aufgezeigten Kontroverse bei Vermeidung eines Widerspruchs

Geht man von der Richtigkeit des strafrechtlichen Verbotes, dem Todkranken gegen seinen Willen eine gravierende lebensnotwendige Operation aufzuzwingen, aus, so werden sich im Folgenden Aspekte zeigen, die jedenfalls bei differenzierter Betrachtung die Richtigkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Suizid erkennen lassen.

I. Zur Bewertung des Suizids in der Rechtsordnung

Die Einstellung der Rechtsordnung gegenüber dem Versuch einer Selbsttötung liefert aufschlußreiche Ergebnisse für eine sachgerechte Lösung.

Das **Grundgesetz** enthält kein Grundrecht auf Selbsttötung. Ein solches Recht auf Verfügung über das eigene Leben wird auch von der ganz herrschenden Meinung entschieden abgelehnt 37).

Die herrschende Auffassung im **Strafrecht** steht auf dem Standpunkt, die Selbsttötung werde straftatbestandsmäßig nicht erfaßt, da die §§ 211 ff StGB nur die Tötung

---

37) Etwa: Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetzkommentar, Art. 2 Abs. 2, Rdnr. 12; v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., Art. 2 Rdnr. 41 m.w.N.; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 23. Aufl. 1980, S. 129. Für ein Recht auf Selbsttötung: Wagner, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975, S. 84 ff

eines **anderen** Menschen erfaßten 38). Das Fehlen strafrechtlicher Sanktionen für den Versuchstäter bedeutet indes noch keine generelle Anerkennung oder Billigung eines Suizids im Strafrecht.

Bei der **strafprozessualen** Frage der Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung hält die Rechtsprechung in ablehnender Bewertung des Suizidversuchs das Ausbleiben infolge eines solchen für einen Verstoß gegen das Interesse der Strafrechtspflege an ungestörtem Fortgang des Verfahrens und eine Mißachtung der

---

38) So die **herrschende Meinung**; vgl. etwa: BGH St 19, 135 ff (137); BGH St 24, 342 ff (343 f); Jähnke, LK, Vor § 211 StGB Rdnr. 21 m.w.N.

Im strafrechtlichen Schrifttum werden zur Frage der Strafbarkeit eines Suizidversuchs noch andere Auffassungen vertreten:
Schmidhäuser hält den Suizid für eine den Straftatbestand des § 212 StGB erfüllende, rechtswidrige Tat, die bloß entschuldigt sei, da der Täter sein Leben als sinnlos empfinde (Schmidhäuser, Selbstmord, in: Festschrift Welzel, 1974, S. 801 ff (813 ff); zur Kritik vgl. Roxin, Die Mitwirkung, in: Festschrift Dreher, 1977, S. 331 ff (335 ff); Krey, BT-1, S. 34).
Bringewat meint, Selbstmord sei kraft eines Gewohnheitsrechts strafbar; die Teilnahme an einer Selbsttötung müsse daher nach §§ 26 ff StGB bestraft werden (Bringewat, Die Strafbarkeit, in: ZStW 87 (1975), 623 ff (648 f); zur Kritik an dieser Auffassung ebenfalls Roxin, in: Festschrift Dreher, 1977, S. 331 ff (342 f); Krey, BT-1, S. 34 f).
Wagner vertritt die Auffassung, ein Suizid sei nicht nur nicht verboten, sondern grundsätzlich erlaubt (Wagner, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975, S. 25 ff)

Würde des Gerichts, die zum Weiterverhandeln in Abwesenheit berechtige 39).

In **sozialrechtlicher** Hinsicht läßt sich eine indifferente Haltung zur Selbsttötung feststellen. Das Bundessozialgericht ordnet sie dem privaten Lebensbereich des Betroffenen zu 40).

Das **Polizei- und Ordnungsrecht** der Länder steht der akuten Gefahr einer Selbsttötung nicht neutral gegenüber. Ausdrücklich nennen einige Polizeigesetze den Selbstmordversuch 41). Auch dort jedoch, wo keine ausdrückliche Kodifizierung besteht, wird eine Ermächtigung der Polizei zur Verhinderung einer Selbsttötung angenommen 42). Teilweise wird diese Befugnis auf einen Verstoß gegen die **Öffentliche Ordnung** gestützt 43). Neuerdings geht man indes davon aus, die Polizei

---

39) RG DR 1944, 836; BGH St 16, 178 ff (182); BGH St 19, 144 ff (146); BGH St 26, 228 (bestätigt von BVerfG E 41, 126 ff (146); vgl. auch BGH NJW 1980, 950; differenzierend die Lehre: Pawlik, NJW 1964, 779 f; Küper, NJW 1974, 2218 f (2219); ferner Gollwitzer, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 231 Rdnr. 18; Kleinknecht/Meyer, StPO, § 231 Rdnr. 1 sowie § 231 a Rdnr. 3; KMR/Paulus, Strafprozeßordnung, 7. Aufl., 1980, § 231 Rdnr. 10 sowie § 231 a Rdnr. 7 a.E.; Schmidt, Eberhard, Kommentar zur StPO, Nachtragsband I, § 231 Rdnr. 8, S. 369; Franzheim, GA 1961, 108 ff (111); Schneidewin, JR 1962, 308 f; Hanack, JZ 1972, 81; Riess, JZ 1975, 265 ff (269); Roxin, Strafprozeßrecht, 1982, S. 186

40) BSG E 30, 278 ff (281)

41) Vgl. die Nachweise bei Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 1980, S. 48 a.E.

42) Etwa: Drews/Wacke/Martens, Gefahrenabwehr, Bd. 2, 8. Aufl., 1977, S. 115; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 1980, S. 48

43) Vgl. namentlich OLG Hamm, NJW 1966, 1168; Wagner, Selbstmord, 1975, S. 74 Fußnote 1 sowie S. 133 Fußnote 9

handele bei der Verhinderung eines Suizids jedenfalls auch zum Schutz der **Öffentlichen Sicherheit** 44). Dabei könne es keine Rolle spielen, ob der Entschluß zum Suizid freiverantwortlich gefaßt worden sei; denn das könne die Polizei nicht prüfen 45).
Die polizeirechtliche Beurteilung des Suizids bewertet ihn damit im Ergebnis negativ 46).

Insgesamt ist damit wenigstens in der Tendenz eine eher ablehnende als respektierende Einstellung zum Suizid zu verzeichnen 47). Es scheint sich indes herauszukristallisieren, daß eine einheitliche Beurteilung des Suizids die Probleme in der Sache nicht löst. Daher wird zunehmend differenziert, wobei zum einen von Freitod oder Bilanzsuizid gesprochen und andererseits auf die krankhaften Ursachen von Kurzschlußreaktionen verwiesen wird. Diese Differenzierung gewinnt besondere Bedeutung na-

---

44) Drews/Wacke/Martens, Gefahrenabwehr, S. 115; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. 48; Martens, DÖV 1976, 457 ff (459); Frotscher, DVBl. 1976, 695 ff (702); Kirchhof, JuS 1974, 648 ff (651)

45) Drews/Wacke/Martens, aaO; Götz, aaO

46) Teilweise **andere Rechtsbereiche** schildert Möllhoff, Suizid, in: Med. Welt 23 (1972), 1508 ff (1510 ff).
Zum Recht der **privaten Lebensversicherung** vgl. Möllhoff, Suizid, in: Med. Welt, 23 (1972), 1508 ff (1511); Martin/Prölss, Versicherungsvertragsgesetz, 1977, Anm. zu § 169; ausführlich zu dieser Problematik Venzlaff, Selbstmord und freie Willensbestimmung, in: Lebensversicherungsmedizin, 1. Sonderheft 18 (1966) S. 25 ff.
Zum **Arbeitsrecht** vgl. BAG NJW 1979, 2326 f (Ehmann, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1980, 683 ff (786 f))

47) Vgl. auch Baumann, ZRP 1978, 35 f (36); Arndt/v. Olshausen, JuS 1975, 143 ff (144).

Im anglo-amerikanischen Recht ist der Suizidversuch strafbar; vgl. dazu Weber, NJW 1959, 134 f

mentlich dadurch, daß jede der beiden Erscheinungsformen ganz entgegengesetzte Rechtsfolgen nach sich zieht. Die bei der Identifikation einer Selbsttötung als frei oder krankhaft auftretenden Schwierigkeiten werden dabei nicht verkannt; sie sind jedoch zugunsten einer gerechten Lösung im Einzelfall in Kauf zu nehmen.

Jene Unterscheidung zwischen **"freiem"** und **"unfreiem Suizid"** für die strafrechtliche Jurisdiktion fruchtbar zu machen erscheint nicht nur naheliegend, sondern notwendig. Wegen der einschneidenden Sanktion einer Strafe sollte vermieden werden, durch pauschale Betrachtung der Selbsttötung unbillige Ergebnisse zu erzielen.

II. Die Position der herrschenden Lehre zur strafrechtlichen Pflicht des Arztes, einen Suizid zu verhindern

Die in der strafrechtlichen Literatur vorherrschende Auffassung hat die soeben beschriebene Differenzierung längst vollzogen. Sie unterscheidet je nachdem, aufgrund welcher Willenslage sich der Suizident zu seinem Vorhaben entschlossen hat, zwischen einer in freier Willensentschließung getroffenen Entscheidung und unfreier Selbsttötung.

Derjenige, der einen freiverantwortlichen Suizid nicht verhindert, obgleich er die Möglichkeit dazu hat, soll weder als Garant nach §§ 13, 211 ff StGB noch im

anderen Falle gemäß § 323 c StGB bestraft werden können 48).

Der **freiverantwortliche** Suizid stelle schon begrifflich **keinen Unglücksfall** im Sinne von § 323 c StGB dar, denn nach allgemeinem Sprachgebrauch sei unter "Unglück" ein ungewolltes Geschehen zu verstehen 49). Im Ergebnis sei es zudem unerträglich, jemanden strafrechtlich zu belangen, der allein aus Respekt vor dem freiverantwortlich zustande gekommenen Selbsttötungsentschluß des anderen untätig geblieben sei 50).

Wer dagegen einen **nicht** auf freier Willensentschließung beruhenden Suizid geschehen läßt, soll wegen Tötung durch Unterlassen bzw. wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar sein 51). Denn handelt der Suizidkan-

---

48) Schönke/Schröder/Eser, Vorbem. zu §§ 211 ff StGB Rdnr. 41; Jähnke, LK, Vor § 211 StGB Rdnr. 24; Schweiger, NJW 1955, 816 ff (817 f); Dreher JR 1967, 269 ff (270); Maurach/Schroeder, BT-I, S. 20; Roxin, Täterschaft, 1984, 473 ff; zur Berechtigung, einen freiverantwortlichen Suizid zu verhindern, siehe noch unten, § 3 VI

49) Simson, Die Suizidtat, 1976, S. 66; vgl. ferner: Wagner, Selbstmord, 1975, S. 55 sowie (zum Hungerstreikenden) S. 142 f; Ders., ZRP 1976, S. 4 (Fußnote 20); Kauczor, NJW 1962, 479 f (480); Schweiger, NJW 1955, 816 ff (817)

50) Vgl. noch: Kreuzer, Ärztliche Hilfeleistungspflicht, 1965, S. 64 ff; Ders., in: Mergen (hg.), Die juristische Problematik, Bd. II, 1971, S. 217 ff (235); Eser, Zum Recht des Sterbens, in: Fritsche u.a. (hg.), Das Recht, 1977, S. 21 ff (32); Heinitz, JR 1954, 403 ff (405); Brühl, in: Fortschritte der Medizin 97 (1979), S. 1143 ff (1144); Wöbker, Dissertation, S. 69, 78; Kromer, Dissertation, S. 300 f, 305; Blindauer, Dissertation, S. 46; Herzberg, ZStW 91 (1979), 557 (563 bei Fußnote 18 m.w.N.

51) Schönke/Schröder/Eser, Vorbem. zu §§ 211 ff StGB Rdnr. 40; Roxin, Täterschaft, 1984, S. 476

didat nicht aus freiem Willen, so besitzt der Garant die alleinige Tatherrschaft und damit auch die Verantwortung für das Leben des Suizidenten 52). Denjenigen, der keine Garantenstellung einnimmt, trifft in diesem Fall eine Pflicht zur Hilfeleistung, da der Zustand, in den sich ein nicht freiverantwortlich handelnder Selbstmörder gebracht hat, als ein nicht vom Willen abhängiges Ereignis anzusehen ist und somit einen **Unglücksfall** im Sinne des § 323 c StGB darstellt 53). Daraus folgt, daß die eigenmächtige Verhinderung eines unfreien Suizids keine Strafbarkeit des Handelnden begründet, sondern vielmehr ein Verhalten bedeutet, das die Rechtsordnung von ihm gerade fordert 54).

Im Schrifttum wird allerdings die Frage, wann freiverantwortliches Handeln anzunehmen ist, nicht einheitlich beantwortet:

Zum einen wird unter Berufung auf das wissenschaftlich anerkannte 55) sogenannte **praesuizidale Syndrom** die Auffassung vertreten, der Wille eines Suizidenten könne niemals freiverantwortlich, sondern nur krankhaft sein. Er sei das Ergebnis einer pathologischen Zusammenballung verschiedenster Fehlmotivationen 56).

---

52) Wagner, Selbstmord, 1975, S. 128

53) Krey, BT-1, S. 32 a.E.; Arzt/Weber, LH 1, Rdnr. 210; Schönke/Schröder/Cramer, § 323 c Rdnr. 7

54) Dazu noch unten, § 3 IV eingehend

55) Ringel, Neue Untersuchungen zum Selbstmordproblem, 1961 beschreibt, der Lebensmüde leide unter einem Gefühl der Aggression, Einengung sowie unter Selbstmordphantasien

56) Bringewat, ZStW 87 (1975), 623 ff (632 f, 634); Ders., NJW 1973, 540 ff (543); Ders., in: Eser (hg.), Suizid und Euthanasie, 1976, S. 368 f

Unter Anerkennung eines freiverantwortlichen Suizidwillens wird teilweise auf die natürliche Einsichts-und Urteilsfähigkeit des Suizidenten abgestellt. Dabei orientiert man sich an den Grundsätzen der Einwilligungslehre in Verbindung mit der Dogmatik zur Ernstlichkeit des Verlangens im Sinne von § 216 StGB 57). Danach ist von einer Freiverantwortlichkeit auszugehen, wenn der Suizident die Urteilskraft besitzt, Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung abzuwägen und zu überblicken, der Suizid also Ausdruck eines ernstlichen Verlangens nach dem eigenen Tod ist 58).

Die wohl herrschende Meinung bestimmt die Freiverantwortlichkeit eines Suizids in analoger Anwendung der Exculpationsregeln 59). Die Vorschriften der §§ 19, 20, 35 StGB böten sichere Anhaltspunkte dafür, wann eine rechtliche Verantwortlichkeit für eigene Handlungen an sich selbst bestehe. Folgt man dem, so ist der Selbsttötungswille dann nicht freiverantwortlich, wenn der Suizident auch bei einer Straftat gegenüber einem anderen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könnte.

---

57) Jähnke, LK, Vor § 211 StGB Rdnr. 26 m.w.N.; Schönke/Schröder/Eser, Vorbem. zu §§ 211 ff StGB Rdnr. 36

58) Krey, BT-1, S. 31 im Anschluß an Herzberg, JuS 1974, 379; vgl. auch Horn, SK, Bd. 2, 1976, § 212 StGB Rdnrn. 7 - 21

59) Namentlich Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1984, S. 589 f; Ders., Die Mitwirkung beim Suizid, in: Festschrift Dreher, 1977, S. 331 ff (343 ff, 347); Simson, Die Suizidtat, 1976, S. 80; Hirsch, JR 1979, 432; ferner Lackner, Vor § 211 StGB Anm. 3 b)

III. Stellungnahme und eigene Auffassung

1. Analyse möglicher Selbstmordmotivationen: Gebot zur Differenzierung

Betrachtet man die Ergebnisse der neueren Suizidforschung, so sind eine Fülle unterschiedlicher Motivationen zu verzeichnen, die den Suizidenten zu seinem Vorhaben veranlassen können. Daß die Anzahl der versuchten Selbsttötungen weit über der der gelungenen liegt 60), mag mit dem Charakter eines Hilferufes zusammenhängen, den mancher Selbsttötungsversuch trägt. Das kann indes nichts daran ändern, daß die Auffassung, es gebe überhaupt keine eigenverantwortliche und freie Selbsttötung 61), nicht der Realität entspricht. Der Kapitän, der auf dem sinkenden Schiff ausharrt, entscheidet regelmäßig freiverantwortlich und nicht pathologisch. Statistisch gesehen läßt sich zwar nicht bezweifeln, daß nur ein geringer Teil 62) aller Selbttötungen wirklich eigenverantwortlich und aus freiem Entschluß heraus geschieht. Doch existiert der Bilanzselbstmord 63) ebenso wie der Suizid, der einer Geisteskrankheit, Neurose oder sonst einer abnormen Reaktion entspringt.

---

60) Sie liegt nach Schätzungen etwa fünfmal höher; vgl. Jähnke, LK, Vor § 211 StGB Rdnr. 28 bei Fußnote 70 m.w.N.

61) So aber Bringewat, ZStW 87 (1975), 623 ff (634)

62) Es sind etwa 5 %; vgl. Jähnke, LK, Vor § 211 StGB Rdnr. 27 m.w.N. in Fußnote 69; die Angaben von Wagner, Selbstmord, 1975, S. 122, der eine weit höhere Zahl annimmt, treffen danach nicht zu

63) Darunter stelle man sich den Selbstmord eines Menschen vor, der besonnen die Bilanz seines gesamten Daseins zieht und sich beim Gefühl des Überwiegens der negativen Faktoren das Leben nimmt; vgl. Simson, Die Suizidtat, 1976, S. 15; Brändel, ZRP 1985, 85 ff (88); zum Begriff des Freitodes etwa Baumann, ZRP 1978, 35 f (36)

Damit erscheint es gerechtfertigt, auch in bezug auf die Rechtsfolgen der Suizidabwendung eine Unterscheidung nach dem Gesichtspunkt der Freiverantwortlichkeit vorzunehmen.

2. Maßstab der Freiverantwortlichkeit: Orientierung an den Grundsätzen der Einwilligungslehre

Eine derartige Differenzierung zwischen freiverantwortlichem und unfreiem Suizid bedarf allerdings fester Regeln, nach deren Maßgabe eine Abgrenzung vorzunehmen ist. Hier bieten sich die soeben dargelegten 64) Konzeptionen an:

Die Lösung der herrschenden Lehre, die die Frage der freien Verantwortlichkeit des Suizidentschlußes in analoger Anwendung des Exculpationsregeln der §§ 19, 20 und 35 StGB löst, begegnet durchschlagenden Bedenken 65). Nach den Erkenntnissen der modernen Selbstmordforschung handelt nur der geringste Teil aller Suizidenten wirklich freiverantwortlich. Würde man von unfreiem Suizid nur in solchen Fällen sprechen können, in denen ein Strafunmündiger, ein Geisteskranker oder eine unter den Voraussetzungen des § 35 StGB handelnde Person Suizid begeht, so wäre die Anzahl der freiverantwortlichen Selbsttötungen erheblich größer. Tatsächlich indessen entsteht der größte Teil aller Selbsttötungsversuche aus einer seelischen Konfliktsituation heraus, die allein nicht bewältigt wird 66). Vor allem bei seelisch kranken

---

64) Siehe oben, § 3 II

65) Zur Kritik vgl. etwa: Herzberg, JuS 1974, 379; Ders., Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 36 f; Krey, BT-1, S. 30; Geilen, JZ 1974, 145 ff (151 ff)

66) Geilen, JZ 194, 145 ff (152); Jähnke, LK, Vor § 211 StGB Rdnr. 27

Menschen besitzt der Selbsttötungsversuch Appellcharakter; der so Handelnde will in Wahrheit gerettet, nicht allein gelassen werden. Der Bilanzsuizid bleibt damit der große Ausnahmefall. Statistisch betrachtet ergibt die Suizidforschung, daß etwa 80 % der Selbstmörder ihren Plan vorher ankündigen, um auf sich aufmerksam zu machen. Rettung ist daher regelmäßig nicht nur möglich; die Chance, nicht gerettet zu werden, wird nicht selten planmäßig gering gehalten 67).
Diese Erkenntnisse berücksichtigt die nach den Exculpationsregeln abgrenzende Meinung nicht. Zudem erscheint die Kritik einleuchtend, man könne die Verantwortlichkeit für eine Schädigung der eigenen Person schon konstruktiv nicht daraus herleiten, daß der Selbstmörder unter denselben Umständen auch für eine Straftat zum Nachteil eines Dritten hätte zur Verantwortung gezogen werden können 68).

Demgegenüber erscheint es angemessen, für die Freiverantwortlichkeit eines Suizids auf die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Suizidenten abzustellen, wobei die Grundsätze der Dogmatik zur Ernstlichkeit des Verlangens bei § 216 StGB mit heranzuziehen sind. Die Kritik an dieser Auffassung vermag nicht zu überzeugen 69). Wer über seine körperliche Unversehrtheit verfügt, kann dies wirksam nur unter den Voraussetzungen

---

67) Vgl. zur neueren Suizidforschung etwa: Simson, Die Suizidtat, 1976; Jähnke, LK, Vor § 211 StGB Rdnrn. 27 f m.w.N.

68) Krey, BT-1, S. 30

69) Kritisch vor allem Roxin, Die Mitwirkung beim Suizid, in: Festschrift Dreher, 1977, S. 331 ff (343 ff)

der Einwilligung 70). Der Suizident nun verfügt mit der Selbsttötung über sein Leben 71). Die rechtlichen Anforderungen an die Fehlerfreiheit seines Willens können aber schlechterdings bei dem höherwertigeren Rechtsgut **Leben** nicht geringer sein als bei der **körperlichen Unversehrtheit**. Geringer wären sie jedoch, wenn man sie den strafrechtlichen Entschuldigungsregeln entnehmen würde 72).

Hinzu kommt, daß eine Entscheidung über die Freiverantwortlichkeit eines Suizids nach Einwilligungsmaßstäben den Ergebnissen der neueren Selbstmordforschung - insbesondere den Motiven, aus denen heraus ein Suizid entstehen kann - am ehesten Rechnung trägt. Gestützt wird diese Lösung durch einhellige Auffassung zu § 216 StGB, wo es auf den "gefestigten Willen des Lebensmüden" ankommen soll 73). Ein solcher dürfte nach alledem nur in Ausnahmefällen zu bejahen sein.

3. Zur praktischen Erkennbarkeit eines freiverantwortlichen Suizids

Die hier vertretene Meinung wirft gleichwohl Bedenken auf, da auch sie keine sicheren Anhaltspunkte dafür liefern kann, wann im Einzelfall von freier und wann von unfreier Selbsttötung auszugehen ist. Eine Aussage über die innere Willenslage des Suizidenten zu treffen dürfte häufig schwierig sein, und auch das Kriterium eines

---

70) Zu ihnen oben, Zweiter Teil, § 2

71) Obgleich er dazu kein Recht hat; vgl. oben, Zweiter Teil, § 1 I 2

72) Vgl. dazu Jähnke, LK, Vor § 211 StGB Rdnr. 26

73) Geilen, JZ 1974, 145 ff (151); Jähnke, LK, § 216 StGB Rdnr. 7

ausgereiften Bilanzselbstmordes läßt sich zum Zeitpunkt der Rettungshandlung oft nur schwer klären 74). Für den Arzt, der in solchen Fällen immer eine **sofortige** Entscheidung treffen muß, wenn seine Hilfe noch einen Erfolg haben soll, ist es nicht einfach, eine Untersuchung dahin anzustellen, ob nicht ein pathologisch bedingter Suizidversuch, sondern der viel seltenere Fall des freiverantwortlichen Suizids vorliegt.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung geht es jedoch lediglich um einen Suizidpatienten, der, mit lebensgefährlichen Verletzungen ins Krankenhaus eingeliefert, sich in wachem, ansprechbarem und voll orientiertem Zustand befindet 75) und ausdrücklich und ernstlich seine Einwilligung zur lebensnotwendigen Operation verweigert. Hier ist vom Arzt zu fordern, nach ärztlichen Maßstäben 76) den psychischen Zustand des Patienten zu überprüfen und dessen Einsichts- und Urteilsfähigkeit zum Suizidentschluß in eigener Verantwortung 77) zu bewerten. Hält der Arzt dann den Suizid für freiverantwortlich, so entfällt eine strafrechtliche Rettungspflicht für ihn 78).

---

74) Horn, SK, Bd. 2, § 226 a StGB Rdnr. 16; eingehend zum Bilanzsuizid etwa Dubitscher, Probleme der Suizidbegutachtung, in: Der med. Sachverständige 75 (1979), S. 10 ff

75) Für einen bewußtlos eingelieferten Suizidenten gilt dasselbe wie bei einem "normalen" Patienten; vgl. Schönke/Schröder/Eser, Vorbem. zu §§ 211 StGB Rdnr. 46

76) Siehe bereits oben, Zweiter Teil, § 2 II bei Fußnote 36

77) Vgl. dazu Bresser, Empirische Maßstäbe, in: Lebensversicherungsmedizin, Sondernummer, 1976, S. 43 ff

78) Zu seiner **Berechtigung,** die lebensnotwendige Operation dennoch durchzuführen, vgl. noch unten, § 3 VI

4. Zusammenfassung

Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich damit folgendes Resultat:
Eine strafrechtliche **Rettungspflicht** und damit das Gebot, eine lebensnotwendige Operation trotz ablehnender Haltung des Patienten durchzuführen, besteht **nur bei unfreiem Suizidversuch.** In diesem Fall ist der Arzt verpflichtet, den medizinisch erforderlichen Eingriff durchzuführen. Diese Pflicht besteht für den Garanten, weil in diesem Fall der Arzt gegenüber dem unfrei handelnden Suizidenten die Tatherrschaft besitzt und daher zur Abwendung des Tötungserfolges tätig werden muß. Und allgemein folgt sie für den Arzt, der nicht Garant ist, aus dem Gesichtspunkt unterlassener Hilfeleistung, weil der unfreie Suizid als ein vom freien Willen nicht mehr beherrschbares Ereignis einen Unglücksfall im Sinne dieser Vorschrift darstellt.
Bei **freiverantwortlich** gefaßtem Suizidentschluß dagegen ist der Arzt - unabhängig von einer Befugnis zum Eingreifen 79) - zur Rettung des Selbstmörders jedenfalls **nicht verpflichtet.** Dem Garanten fällt zunächst gegenüber dem wachen, die Operation verweigernden Suizidpatienten noch keine Tatherrschaft zu; darüberhinaus darf er dessen freien Willen, aus dem Leben zu scheiden, respektieren. Und als Nicht-Garant ist der Arzt wegen unterlassener Hilfeleistung nicht verantwortlich, da der freiverantwortliche Suizid keinen Unglücksfall bildet.

---

79) Dazu unten, § 3 VI

IV. Zum Verhältnis von Eingriffsrecht und Rettungspflicht

Bereits oben **80)** ist angesprochen worden, daß teilweise die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes so interpretiert wird, als stelle § 323 c StGB in den Fällen, in denen vom Arzt eine lebensnotwendige Operation verlangt wird, gleichzeitig einen Rechtfertigungsgrund für den Eingriff dar **81)**. Dem liegt die Auffassung zugrunde, daß ein strafrechtliches Handlungsgebot zugleich auch den Rechtsgrund für das gebotene Handeln in sich trage, so daß sich bei gleichzeitiger Erfüllung eines Straftatbestandes die Rechtfertigung aus dem Gebot selbst ergebe.

Indes stellt ein strafrechtliches Handlungsgebot - namentlich § 323 c StGB - keinen eigenen Erlaubnissatz dar **82)**, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

Für den Bereich der Gestattung eines straftatsbestandsmäßigen Verhaltens bilden die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe die notwendigen Erlaubnissätze, denn sie allein begründen die Übereinstimmung eines bestimmten straftatbestandsmäßigen Verhaltens mit der Rechtsordnung **83)**. Nun sind zwar die Normen, die die rechtfertigende Wirkung entfalten können, nicht enumerativ und abschließend im Strafgesetzbuch aufgezählt. Vielmehr besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit, zur Legiti-

---

80) Dritter Teil, § 1 IV

81) Ausdrücklich Wagner, Selbstmord, 1975, S. 57; ferner (mittelbar): Kohlhaas, Medizin und Recht, 1969, S. 128; Laufs, NJW 1969, 529 ff (530); Ders., Arztrecht, Rdnr. 98

82) Krey, BT - 1, S. 68 ohne Begründung

83) Vgl. dazu Günther, Strafrechtswidrigkeit, 1983

mierung straftatbestandsmäßiger Verhaltensweisen auf gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtssätze zurückzugreifen 84).

Ein gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz, nach dem das Bestehen einer Rettungspflicht den **inneren Rechtsgrund** dafür bildet, daß das geforderte Verhalten auch gestattet ist, existiert jedoch nicht. Weder kann von allgemeiner Anerkennung durch die Rechtsgemeinschaft, noch von ständiger Übung die Rede sein 85). Vielmehr ist das Erlaubtsein eines gebotenen Verhaltens nur die **Folge** des Bestehens eines strafrechtlichen Handlungsgebotes. Dieser Folge kommt kein eigener Regelungswert zu.

Zudem enthält ein strafrechtliches Handlungsgebot - insbesondere § 323 c StGB - seinem Wesen und seiner Rechtsnatur nach keinen Erlaubnissatz. Denn weder sieht die Norm als Rechtsfolge den für einen Rechtfertigungsgrund typischen Ausschluß der Rechtswidrigkeit vor, noch wurde sie in diesem Sinne vom Gesetzgeber konzipiert. So würde es eine unzulässige Auslegung entgegen Wortlaut und Sinn des Gesetzes bedeuten, § 323 c StGB unrechtsausschließende Wirkung zuzuschreiben.

Somit kann der logische Zusammenhang zwischen Rettungspflicht und Rettungsrecht im Strafrecht nur darin bestehen, daß eine Verpflichtung die entsprechende Berechtigung **voraussetzt** und darauf aufbaut. Denn die Rechtfertigung eines Verhaltens enthält eine Billigung durch die Rechtsordnung; besteht dagegen ein Handlungsgebot, so wird das Verhalten über eine bloße Billi-

---

84) Siehe oben, Dritter Teil, § 1 III

85) Soweit ersichtlich, wird eine solche Auffassung hauptsächlich von Wagner (Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975, S. 57) vertreten; keineswegs kann sie als herrschend oder gar als allgemein anerkannt bezeichnet werden

gung hinaus in gesteigertem Maße als sachgerecht bewertet; es wird sogar gefordert, um dem Gerechtigkeitsanspruch genüge zu tun. Eine solche Handlungspflicht besteht aber als gesteigerte Form rechtskonformen Verhaltens nur, wenn die einfache Konformität zuvor aufgrund einer Norm feststeht, die die Qualität eines Erlaubnissatzes hat. Dabei muß es sich, wenn das Handlungsgebot einen Straftatbestand erfüllt, um einen Rechtfertigungsgrund handeln.

Im Bereich des § 323 c StGB bedeutet das:
Zum einen enthält diese Norm aus den oben genannten Gründen keinen Erlaubnissatz. Da andererseits jedoch das von ihr gebotene Verhalten erlaubt sein muß, besteht bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen notwendigerweise ein Rechtfertigungsgrund.

Unter diesem Hintergrund wird die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur ärztlichen Hilfeleistungspflicht deutlich: Sie besteht nur dort, wo der Arzt auf der Basis eines Rechtfertigungsgrundes operieren darf, sei es aufgrund rechtfertigender oder mutmaßlicher Einwilligung, sei es aufgrund rechtfertigenden Notstandes.

V. Konsequenzen aus der eigenen Konzeption für das widerspruchsfreie Verständnis der Problematik

Aus den dargelegten Erwägungen ergibt sich für eine von Widersprüchen freie Vereinbarkeit des Verbotes lebensnotwendiger Operationen bei verweigerter Einwilligung einerseits mit der Pflicht zur Verhinderung eines Suizides andererseits folgendes:

Erstens: Die Unterlassung einer lebensnotwendigen gravierenden Operation, die wegen ausdrücklicher und ernstlicher Verweigerung der Einwilligung verboten ist, kann niemals zu einer Strafbarkeit wegen eines Tötungsdeliktes (§§ 13, 211 ff StGB) oder wegen unterlassener Hilfeleistung (§ 323 c StGB) führen.

Zweitens: Da nur bei freiverantwortlicher Verweigerung einer lebensnotwendigen gravierenden Operation ein Verbot ärztlichen Eingreifens und nur bei freiverantwortlichem Suizid keine strafrechtlichen Rettungspflichten bestehen, liegt kein Widerspruch vor.

VI. Ärztliches Eingriffsrecht bei freiverantwortlichem Suizid

Wie soeben dargelegt, ist der Arzt zwar aus § 323 c StGB oder als Garant aus §§ 13, 211 ff StGB nicht zur Verhinderung eines Suizids und damit zur Vornahme einer lebensnotwendigen Operation verpflichtet, wenn der Suizidpatient in konsequenter Verfolgung seines freiverantwortlich gefaßten Selbsttötungsentschlusses seine Einwilligung verweigert. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Arzt bei **freiem Suizid** wenigstens **berechtigt** ist, einen solchen Eingriff vorzunehmen. Diese Berechtigung könnte sich aus einem Rechtfertigungsgrund ergeben. Als ein solcher kommen **mutmaßliche Einwilligung** und **rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB)** in Betracht.

1. Keine Eingriffsbefugnis aufgrund mutmaßlicher Einwilligung

Oben **86)** wurde festgestellt, daß bei ausdrücklicher Einwilligungsverweigerung eines nicht in Selbsttötungsabsicht handelnden Patienten der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung nicht eingreift, da er zum einen die Situation verweigerter Einwilligung nicht regelt, andererseits aber auch inhaltlich nicht erfüllt ist, weil für eine Rechtsvermutung zugunsten einer übereinstimmenden Willensentscheidung kein Raum bleibt.
Die in freier suizidaler Absicht geäußerte Einwilligungsverweigerung kann nicht anders beurteilt werden. Denn der entgegenstehende Wille ist hier **lediglich** insofern **anders motiviert,** als er eine Selbsttötung beabsichtigt; im übrigen besteht aber kein Unterschied. Deshalb läßt sich auch hier eine Vermutung zugunsten eines hypothetisch zustimmenden Willens angesichts der eindeutig erklärten Ablehnung nicht begründen.

2. Zur Eingriffsbefugnis aufgrund rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB)

Es bleibt zu prüfen, ob sich eine Eingriffsberechtigung für den Arzt aus dem Gesichtspunkt des rechtfertigenden Notstandes ergibt.

a) Keine Unanwendbarkeit des § 34 StGB

Wie dargelegt **87),** besteht zwischen den Rechtfertigungsgründen der Einwilligung und des rechtfertigenden Notstandes für verfügbare Rechtsgüter ein Spezialverhältnis, da für diesen Bereich der vorhandene Interessen-

---

86) Dritter Teil, § 4 I 4

87) Dritter Teil, § 4 II 4 a) bb)

konflikt durch die Einwilligung besonders geregelt wird. Bei der nicht suizidalen Einwilligungsverweigerung ergibt sich diese Spezialität daraus, daß die Weigerung eine Verfügung über das disponible Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit enthält.

Die Weigerung eines Suizidpatienten dagegen ist trotz Freiverantwortlichkeit anderer Natur. Der auf Selbsttötung gerichtete, der Operation entgegenstehende Wille bezweckt eine Verfügung nicht über die körperliche Unversehrtheit, sondern über das Leben. Hierzu verleiht das Selbstbestimmungsrecht indes dem Kranken keine Befugnis, da eine Verfügung über das eigene Leben keinen rechtlichen Schutz genießt **88)**. Daraus folgt, daß für den Teilbereich einer suizidalen Einwilligungsverweigerung der Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB nicht wegen Spezialität ausgeschlossen ist, da insofern die Einwilligung keine besondere Regelung trifft. Die allgemeine Norm des § 34 StGB ist damit grundsätzlich anwendbar.

b) Vorliegen der materiellen Voraussetzungen des § 34 StGB

Fraglich ist, ob bei einer Einwilligungsverweigerung in freiverantwortlicher Selbsttötungsabsicht die inhaltlichen Merkmale des § 34 StGB gegeben sind.

aa) Notstandslage

Mit dem Interesse des Suizidpatienten an seinem Weiterleben kollidiert sein Interesse, freiverantwortlich darüber bestimmen zu können, daß sich seine suizidale Absicht durch Unterbleiben der lebensnotwendigen Operation realisiert.

---

88) Dazu eingehend oben, Zweiter Teil, § 1 I 2

bb) Interessenabwägung (§ 34 Satz 1 StGB)

Zentrale Bedeutung besitzt damit der Umstand, ob der Schutz des Lebens des Suizidpatienten sein Interesse an der Beachtung der suizidalen Einwilligungsverweigerung im Sinne des § 34 StGB wesentlich überwiegt.

(1) **Allgemeines** Rangverhältnis der betroffenen Güter

Bei der zunächst erforderlichen Ermittlung des abstrakten Wertverhältnisses zwischen den wiederstreitenden Gütern steht auf der einen Seite das Recht auf Leben mit seinem bereits dargelegten **89)** Stellenwert. Welche Bedeutung dagegen auf der anderen Seite dem Interesse des Suizidenten zukommt, über die Realisierung seiner Selbsttötungsabsicht selbst zu bestimmen, hängt davon ab, ob das anerkannte Selbstbestimmungsrecht auch ein Recht zur Selbsttötung enthält. Dazu werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

(a) **Erste Meinung:** Recht zur Selbsttötung aus Art. 2 Abs. 2 GG

Teilweise wird aus dem Grundrecht auf Leben des Art. 2 Abs. 2 GG auch ein Recht auf Selbsttötung abgeleitet. Die Vertreter dieser Auffassung verstehen den rechtlichen Schutz des Lebens gleichzeitig auch als Berechtigung zur freiverantwortlichen Verfügung über das eigene Leben **90)**.

---

89) Dritter Teil, § 4 II 4 b) bb) (1) (a)

90) Hamann/Lenz, Grundgesetz, 3. Aufl., 1970, Anm. B 8 zu Art. 2 Abs. 2

(b) **Zweite Meinung:** Recht zur Selbsttötung aus Art. 2 Abs. 1 GG

Andere entnehmen Art. 2 Abs. 1 GG ein Recht zum freiverantwortlichen Suizid. Es gehöre zur freien Entfaltung der Persönlichkeit, auch über seinen Tod bestimmen zu können 91).

(c) **Dritte Meinung:** Kein Recht auf Selbsttötung

Die wohl herrschende Auffassung indessen erkennt eine Berechtigung, sich aus freiem Entschluß das Leben zu nehmen, grundsätzlich nicht an. Insbesondere aus Art. 2 GG lasse sich ein derartiges Recht nicht herleiten 92).

(d) **Stellungnahme und eigene Auffassung:** Das Selbstbestimmungsrecht enthält kein Recht zur Selbstvernichtung

Die letztgenannte Auffassung verdient Zustimmung.
Die Meinung, aus dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) sei ein derartiges Recht zu entnehmen, vermag nicht zu überzeugen. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt deren Existenz gerade voraus, da nur ein lebender Mensch nach dem Menschenbild des Grundgesetzes imstande ist, seine Persönlichkeit zu entfalten und dadurch sein Leben im Rahmen der Grundrechte zu gestalten. Ein Recht auf Vernichtung der eigenen Persönlichkeit und damit die

---

91) Wagner, Selbstmord, 1975, S. 84 ff, 90 ff; Geppert, Freiheit und Zwang im Strafvollzug, 1976, S. 38 f; Löwe/Rosenberg/Dünnebier, Strafprozeßordnung, § 119 Rdnr. 206; Kühne, NJW 1975, 671 ff (675)

92) Etwa: Frotscher, DVBl. 1976, 695 ff (702); Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., 1980, S. 47 sowie die oben, Zweiter Teil, § 1 I 2 genannten Autoren

selbstgewollte Beendigung der menschlichen Existenz kann somit nicht Gegenstand des grundgesetzlichen Schutzes von Art. 2 Abs. 1 GG sein 93).
Eine Herleitung der Berechtigung zu freiverantwortlicher Selbsttötung aus Art. 2 Abs. 2 GG erscheint ebenfalls nicht vertretbar. Derartiges wiederspricht bereits dem Wortlaut des Grundgesetzes: Aus dem Grundrecht **auf Leben** kann nicht das genaue Gegenteil, ein Recht **auf** den **Tod,** abgeleitet werden 94).

Zutreffend erscheint vielmehr die folgende Überlegung: Eine Berechtigung zum Suizid läßt sich weder aus positivem noch aus Gewohnheitsrecht entnehmen 95). Da der Suizid andererseits aber auch gegen kein gesetzliches Verbot verstößt und daher nicht rechtswidrig ist, halten ihn manche für ein "unverbotenes Verhalten" 96).
Zwar mögen einige Motive zur Selbsttötung wohlüberlegt und respektabel sein, so daß - wie dargelegt - ein rechtlicher Zwang zur Verhinderung eines Bilanzsuizides nicht besteht. Die Rechtsordnung kennt jedoch keine Vorschrift, der ein Recht zu freier Selbsttötung zu entnehmen wäre. Auch kraft Gewohnheitsrecht läßt sich eine solche Berechtigung nicht begründen, wie sich auch daran zeigt, daß der Bundesgerichtshof **jede** Selbsttötung sittlich mißbilligt 97). Damit wird die allgemein im Bewußtsein der Bevölkerung verankerte Einstellung wiedergegeben, daß auch ein freiverantwortlicher Suizid von

---

93) Vgl. Frotscher, DVBl. 1976, 695 ff (701 f); Götz, aaO S. 47

94) Vgl. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 12 m.w.N.

95) Gallas, JZ 1960, 649 ff (654)

96) Arndt/ v.Olshausen, JuS 1975, 143 ff (144); Gallas, JZ 1960, 649 ff

97) Vgl. BGH St 6, 147 ff (153)

der überwiegenden Allgemeinheit als außergewöhnliches und möglicherweise respektables, jedoch damit noch nicht gebilligtes Verhalten empfunden wird. Es ist nicht erkennbar, daß dem freiverantwortlichen Suizidenten ein Anspruch auf Unterlassung aller Maßnahmen zugestanden würde, welche Dritte zur Verhinderung eines Suizids unternehmen. Schon das mit einem solchen Anspruch für den Suizidenten verbundene Notwehrrecht mit der Folge der Rechtswidrigkeit jeder Hilfsmaßnahme zeigt die Unhaltbarkeit einer derartigen Annahme.
Festzuhalten bleibt damit, daß sich der freiverantwortlich handelnde Suizident nicht auf eine Berechtigung stützen kann, über seinen Tod selbst zu bestimmen.

(e) **Abwägungsresultat:** Allgemeiner Vorrang des Rechtes auf Leben

Als Resultat einer vergleichenden Gegenüberstellung der hier betroffenen Güter ergibt sich, daß das Recht auf Leben allgemein Vorrang genießt, weil das Interesse des freiverantwortlichen Suizidenten an der Verwirklichung seiner Selbsttötungsabsicht rechtlich nicht geschützt wird.

(2) **Besonderes** Rangverhältnis der betroffenen Interessen bei einer suizidalen Operationsverweigerung

In der besonderen Situation der Weigerung eines freiverantwortlich handelnden Suizidpatienten, eine lebensnotwendige gravierende Operation durchführen zu lassen, ergibt sich kein von der voranstehenden allgemeinen Beurteilung abweichendes Rangverhältnis. Zwar entspricht es dem Regelfall, daß der Suizident ärztlicher Hilfe bedarf. Bei der Beurteilung seiner Weigerung besteht die Besonderheit, daß sich diese lediglich auf die

Durchführung des lebensnotwendigen gravierenden Eingriffs bezieht. Auch dies rechtfertigt jedoch keine andere Behandlung, denn der Wille zur Selbsttötung steht als erkennbares Motiv im Vordergrund.

(3) **Wesentliches Überwiegen** des geschützten gegenüber dem beeinträchtigten Interesse

§ 34 StGB erfordert schließlich eine qualifizierte Vorrangigkeit des geschützten Interesses in dem Sinne, daß das Ergebnis der Abwägung unmißverständlich ist und sich ein deutlicher Rechtswertunterschied zeigt 98). Wie dagelegt, ist dieses Merkmal im Spannungsfeld zwischen Lebenserhaltung und nicht suizidal motivierter Einwilligungsverweigerung nicht erfüllt, da das Selbstbestimmungsinteresse nicht hinreichend deutlich gegenüber dem Lebenserhaltungsinteresse zurücktritt.

Hier könnte es jedoch anders sein. Bei der Abwägung beider Werte ist nämlich zu berücksichtigen, daß das Lebenserhaltungsinteresse des Suizidpatienten seinem Grundrecht auf Leben entstammt und somit verfassungsrechtlichen Schutz genießt, auch wenn die oben angeführten 99) Gesichtspunkte erkennen lassen, daß ein Weiterleben mit erheblicher operationsbedingter Behinderung im Verhältnis zu normalem Leben geringer zu bewerten ist. Dagegen genießt der Wille des freiverantwortlichen Suizidpatienten, seine Selbsttötungsabsicht zu realisieren, keinen vergleichbaren rechtlichen Schutz.

Zudem enthält die Realisierung einer Selbsttötungsabsicht eine Verletzung des grundgesetzlich geschützen Wertes des Lebens, wenn auch durch den Rechtsgutträger selbst. Das Leben aber genießt in Art. 2 GG umfassenden Schutz gegen äußere Beeinträchtigungen.

---

98) Siehe oben, Dritter Teil, § 4 II 4 b) bb) (3) (a)

99) Dritter Teil, § 4 II 4 b) bb) (2) (a)

Ein freier Suizid stellt also eine dem Gesetzeszweck des Lebensschutzes zuwiderlaufende Handlung dar.
Die Berücksichtigung dieser Aspekte ergibt ein klares Rechtswerturteil, sodaß ein wesentliches Überwiegen des geschützten Lebenserhaltungsinteresses gegenüber dem Interesse an der Beachtung des suizidalen Willens im Sinne von § 34 StGB anzunehmen ist.

cc) Angemessenheit (§ 34 Satz 2 StGB)

Weiterhin bleibt zu untersuchen, ob die Verhinderung eines freiverantwortlichen Suizids durch Nichtbeachtung der Einwilligungsverweigerung mit obersten Werten und Leitprinzipien der Gemeinschaftsordnung in Einklang steht. Dabei kommt es darauf an, die betreffende Handlung auf ihre Sachgerechtigkeit und sozialethische Vertretbarkeit hin zu überprüfen 100).
Den allgemein anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit läßt sich entnehmen, daß dem Freitod teilweise insoweit Respekt entgegengebracht wird, als über einen vollendeten Suizid nachträglich Motive bekannt werden, die nachvollziehbar sind und erkennen lassen, daß sich der Suizident seinen Schritt reiflich überlegt hatte. Gegenüber einem noch nicht abgeschlossenen Selbsttötungsversuch besteht dagegen allgemein das Bestreben, ihn nicht untätig hinzunehmen, sondern zu verhindern. Das mag daran liegen, daß ein Suizid regelmäßig das sittliche Empfinden derjenigen verletzt, die mit ihm konfrontiert werden 101). Der Suizid löst eine **Apellwirkung** auf die soziale Umgebung mit der Folge aus, daß Schuldgefühle sowie ein Bedürfnis nach Wiedergutmachung entstehen 102).

---

100) Dazu Grebing, GA 1979, 81 ff (91 ff); Hirsch, LK, 10. Aufl. 1985, § 34 StGB Rdnrn. 78 ff; Jescheck, Lehrbuch, S. 291

101) Wagner, Selbstmord, 1975, S. 105

102) Stengel, Selbstmord und Selbstmordversuch, 1969, S. 103

Dabei wird nicht danach unterschieden, ob der Suizidentschluß frei oder unfrei gefaßt wurde. Auch der freiverantwortliche Suizidversuch macht betroffen und fordert die sofortige Hilfe heraus. Aus dieser Reaktion läßt sich entnehmen, daß es einen sittlichen Grundsatz gibt, der ganz allgemein die Verhinderung eines Suizids gebietet 103). Hinzu kommt, daß nach sittlichen Maßstäben das in der ärztlichen Standesethik verwurzelte Prinzip, die Erhaltung menschlichen Lebens als vornehmstes Ziel zu betrachten 104), als generell billigenswert empfunden wird.
Auf der Grundlage der herrschenden Moralvorstellungen erscheint daher die Abwendung eines freiverantwortlichen Suizids mit obersten Werten und Leitprinzipien der Gemeinschaftsordnung vereinbar, sozialethisch vertretbar und so angemessen.

c) **Ergebnis:** Bestehen eines Eingriffsrechtes aufgrund § 34 StGB

Damit rechtfertigt § 34 StGB eine lebensnotwendige gravierende Operation trotz entgegenstehenden Willens eines freiverantwortlichen Suizidpatienten 105).

3. Vereinbarkeit des erzielten Resultates mit den Ergebnissen des Dritten Teils

Wie ausgeführt 106), sind grundsätzlich gravierende, vital indizierte Operationen bei entgegenstehendem Willen nicht gerechtfertigt, da § 34 StGB nicht eingreift.

---

103) Vgl. Wagner, Selbstmord, 1975, S. 106

104) Vgl. den hippokratischen Eid sowie die Berufsordnung für die deutschen Ärzte

105) Im Ergebnis ebenso etwa: Simson, Die Suizidtat, 1976, S. 53; Jähnke, LK, Vor § 211 StGB Rdnr. 33; Hirsch, LK, § 226 a StGB Rdnr. 37 m.w.N.

106) Dritter Teil, § 4

Eine Ausnahme gilt für den freiverantwortlich handelnden Suizidpatienten, dessen Einwilligungsverweigerung unbeachtlich ist 107). Es fragt sich, wie diese konträren rechtlichen Beurteilungen miteinander zu vereinbaren sind. Dem hier vertretenen Ergebnis wird nämlich zum Teil entgegengehalten, der Patient, der die Einwilligung in eine lebensnotwendige Operation wirksam verweigere und so bewußt den höchstwahrscheinlichen Tod in Kauf nehme, sei einem Patienten mit Selbstötungswillen gleichzusetzen; eine unterschiedliche Behandlung sei nicht gerechtfertigt 108).

Eine derartige Agumentation ist jedoch verfehlt, da die Willenslage zwischen Operationsverweigerer und Suizidpatient sich grundlegend voneinander unterscheidet. Während es dem Selbstmörder maßgeblich darauf ankommt, seinen Tod - sei es auch nach gescheitertem Suizidversuch durch Einwilligungsverweigerung -konsequent herbeizuführen, läßt der Operationsverweigerer dem Schicksal seinen Lauf und möchte nur die Folgen der gravierenden Operation vermeiden. Ein Wille zur Selbsttötung kann ihm nicht unterstellt werden.

Diese Verschiedenheit der Willensrichtung prägt zugleich die unterschiedliche Bewertung der Selbstbestimmung im Rahmen des § 34 StGB. Während sich die Selbstbestimmung des Operationsverweigerers auf den Erhalt seiner körperlichen Unversehrtheit bezieht und damit verfassungsrechtlichen Schutz genießt, zielt die Selbstbestimmung des Suizidpatienten darauf ab, seinem Leben ein Ende zu setzen, wozu trotz Freiverantwortlichkeit

---

107) Vgl. soeben, VI 2

108) Siehe bereits oben, Vierter Teil, § 2 II

eine rechtliche Befugnis nicht besteht. Die Weigerung des Suizidpatienten geschieht also nicht in Ausübung der rechtlich anerkannten Selbstbestimmungsgarantie.
Zudem erklärt sich die gegensätzliche Beurteilung beider Fälle von der Richtung her, aus der dem zu schützenden Leben des Patienten Gefahr droht 109). Der Suizidpatient verursacht die Gefährdung seines Lebens selbst, während der lebensbedrohliche Zustand des Operationsverweigerers auf Krankheit oder Unfall beruht. Diese grundlegende Verschiedenheit rechtfertigt die Vernachlässigung der Autonomie selbst bei freiverantwortlich handelnden Suizidpatienten, weil nur so sachgerechte Resultate zu erzielen sind.
Denn zum einen wird für den Suizidenten mit der Rettung seines Lebens kein unkorrigierbarer Zustand geschaffen. Hält der Lebensmüde nämlich auch nach einer Rettung noch an seiner ursprünglichen Entscheidung, sich das Leben zu nehmen, fest 110), so hat er weiterhin Gelegenheit, sie zu realisieren.

Zum anderen wäre die polizeirechtliche Befugnis zur Abwendung von Selbsttötungen, die in allen Bundesländern gilt 111), unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung nicht mit einem uneingeschränkten strafrechtlichen Verbot, Suizide durch ärztliche Operationen zu verhindern, vereinbar.

Nach alledem bleibt festzustellen, daß die in der vorliegenden Untersuchung erzielten Ergebnisse einander nicht widersprechen.

---

109) Hirsch, LK, 10. Aufl. 1985, § 34 StGB Rdnr. 73 a.E.

110) Dies soll den Erkenntnissen der neueren Suizidforschung nicht die Regel sein; vgl. dazu Wagner, Selbstmord, 1975, S. 132

111) In einigen Ländern ist das Recht der Polizei, bei Selbstmord einzuschreiten, gesetzlich kodifiziert; vgl. oben, § 3 I 6

4. **Folgerung:** Keine Notwendigkeit zur Differenzierung zwischen freier und unfreier Selbsttötung im Rahmen des § 34 StGB

Den vorstehenden Ausführungen ist zu entnehmen, daß der freiverantwortliche Wille zum Tod wegen seiner allgemein verwerflichen Zielrichtung 112) nicht die sonst der Selbstbestimmung zukommende Bedeutung besitzt. § 34 StGB greift also bei freiverantwortlichem Suizid deshalb ein, weil der Selbsttötungswille im Rahmen der Interessenabwägung zurücktritt.

Anders verhält es sich beim unfreien Suizid. Einerseits liegt hier - wie dagelegt 113) - ein Unglücksfall im Sinne des § 323 c StGB vor, so daß eine Hilfspflicht besteht; andererseits ergibt sich die Berechtigung 114) zur Verhinderung eines unfreien Suizids aus § 34 StGB. Hier wird nämlich aufgrund der mangelnden Verantwortlichkeit des Suizidpatienten der entgegenstehende Wille überhaupt nicht berücksichtigt, so daß nur die Körperintegrität dem bedrohten Leben gegenübersteht; bei dieser Abwägung überwiegt der Lebensschutz wesentlich.

Die für die Frage der Eingriffs**pflicht** im Sinne von § 323 c StGB nach den obigen Ausführungen angebrachte Differenzierung zwischen freiverantwortlicher und

---

112) Dabei dominiert die suizidale Absicht gegenüber anderen Motiven; solche werden vom Selbsttötungsmotiv als dem zentralen und tragenden Leitgedanken verdrängt

113) Oben, Vierter Teil, § 1 II 2 b)

114) Vgl. oben, Vierter Teil, § 3 IV

unfreier Selbsttötung erweist sich danach für das Problem, ob eine **Berechtigung** zur Verhinderung von Suiziden gemäß § 34 StGB besteht, als im Ergebnis nicht relevant 115); **§ 34 StGB** greift **in jedem Fall** ein.

---

115) Da es indes einen beträchtlichen und in der Praxis bedeutsamen Unterschied macht, ob der Arzt operieren muß oder lediglich zum Eingreifen befugt ist, erscheint jene Unterscheidung im Rahmen des § 323 c StGB durchaus sinnvoll

§ 4 Ausblick

Die Rechtsprechung zur Suizidverhinderung hat der dargelegten Differenzierung in freiverantwortlichen und unfreien Suizid in jüngster Zeit zunehmend Rechnung getragen 116). Dies ist ein Schritt in die richtige Richtung. Trotz der praktischen Schwierigkeiten, die bei der Bestimmung einer Selbsttötung als frei oder unfrei auftreten, erscheint es im Interesse der Gerechtigkeit des Einzelfalles geboten, diese Unterscheidung zu treffen. Es bleibt zu hoffen, daß sich die Judikatur darauf einstellt.

---

116) OLG Düsseldorf, NJW 1973, 2215 f; vgl. auch BGH NJW 1984, 2639 ff, der offen läßt, ob bei "bewußtseinsklaren" Suizidpatienten deren Selbstbestimmung aus "übergeordneten Gründen" einzuschränken ist

Zusammenfassende Darstellung

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit dem Problem der Rechtfertigung gravierender Operationen, welche wegen vorhandener Lebensgefahr ärztlicherseits für erforderlich gehalten werden, deren Vornahme jedoch vom Patienten abgelehnt wird. Sie besteht aus vier Teilen:

Im Ersten Teil wird die Frage erörtert, ob eine schwerwiegende ärztliche Operation selbst dann den Straftatbestand der Körperverletzung erfüllt, wenn sie dringend geboten ist, um das Leben des Patienten zu retten. Nach Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Körperverletzungsqualität ärztlicher Eingriffe im allgemeinen wird für den Teilbereich schwerwiegender Operationen in Lebensgefahr eine Lösung vorgeschlagen: Solche Operationen werden tatbestandsmäßig von den §§ 223 ff StGB erfaßt.

Der Zweite und Dritte Teil behandeln sodann die Rechtfertigung der gravierenden Operation in lebensbedrohlicher Lage.
Als Regelfall eines Unrechtsausschlußes steht dabei die rechtfertigende Einwilligung im Vordergrund. So befaßt sich der Zweite Teil mit ihren dogmatischen Grundlagen und Voraussetzungen, um die notwendige Basis für das Verständnis der Situation verweigerter Einwilligung zu schaffen. Den Inhalt des Dritten Teiles bildet dann eine Untersuchung der übrigen, neben der Einwilligung

denkbaren Rechtfertigungsgründe. Neben der im wesentlichen rechtlich geklärten Situation bloß fehlender Einwilligung liegt dabei der Schwerpunkt darin, die Frage der Rechtfertigung schwerwiegender Operationen in Lebensgefahr für den Fall herauszustellen, daß der Patient seine Zustimmung versagt. Hierbei ergibt sich das Resultat: Die rechtswirksam erklärte Ablehnung des Kranken, die Operation an sich durchführen zu lassen, führt zu einer Rechtfertigungssperre, so daß jedenfalls solch schwerwiegende Eingriffe unterbleiben müssen, auch wenn sie zur Lebensrettung notwendig werden.

Das so gewonnene Ergebnis wird schließlich im Vierten Teil mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur ärztlichen Hilfeleistungspflicht gegenüber Suizidpatienten verglichen, die im Widerspruch dazu zu stehen scheint. Unter Auswertung der in der Rechtslehre geführten Diskussion dazu gelangt die Untersuchung zu einer differenzierten Lösung: Es ist zwischen freiverantwortlichem und unfreiem Suizid zu unterscheiden. Nur bei letzterem besteht eine strafrechtliche Hilfspflicht, wie auch eine aus unfreiem Willen verweigerte Operation in Lebensgefahr nicht strafrechtlich verboten ist. Bei diesem Verständnis der Selbsttötungsproblematik werden Widersprüche vermieden.

Tabellarischer Lebenslauf

12.	Okt.	1955	Geburt in Köln als achtes Kind der Eheleute Dr. jur. Hugo Zilkens und Hildegard geb. Brockmann
	April	1962	Besuch der katholischen Grund-
bis	März	1966	schule in Köln-Braunsfeld
	Sept.	1966	Besuch des Städtischen Gym-
bis	Juni	1974	nasiums Kreuzgasse in Köln
24.	Juni	1974	Abitur
	WS	1974/75	Studium der Rechte an der
bis	WS	1976/77	Universität zu Köln
	SS	1977	Studium der Rechte an der
bis	WS	1977/78	Universität zu München
	SS	1978	Studium der Rechte an der
bis	WS	1978/79	Universität zu Köln
27.	März	1980	Erstes Juristisches Staatsexamen in Köln
16.	Juni	1980	Ernennung zum Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Köln
1.	Juli	1980 bis	Juristischer Vorbereitungs-
31.	März	1981	dienst
1.	April	1981 bis	Unterbrechung des Vorbereitungs-
31.	März	1982	dienstes: - Aufbaustudium an der Universität Trier - Dort zeitweise Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter
1.	April	1982 bis	Juristischer Vorbereitungs-
30.	Juni	1983	dienst
19.	Dez.	1983	Zweites Juristisches Staatsexamen in Düsseldorf
1.	Jan.	1984	Anstellung als Verwaltungsjurist bei dem Landschaftsverband Rheinland in Köln
1.	Juni	1984	Ernennung zum Beamten auf Probe

Dissertationsdruckerei F. Hansen, Luxemburger Str. 72, 5000 Köln 1, Tel. 4455563